

# DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016

# 1

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Director: Benjamín Rivaya



Universidad de  
Oviedo

THOMSON REUTERS  
**ARANZADI**





DIÁLOGOS JURÍDICOS  
2016



BENJAMÍN RIVAYA

**Director**

# **DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016**

Anuario de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Oviedo

1

**THOMSON REUTERS  
ARANZADI**

Primera edición, abril 2016

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Benjamín Rivaya (dir.) y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISSN 2445-2688  
Depósito Legal: NA 633/2016

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Benjamín RIVAYA**  
**Director**

**Raúl BOCANEGRA SIERRA**  
*Universidad Complutense de Madrid*

**Silvia DÍAZ ALABART**  
*Universidad Complutense de Madrid*

**Eduardo SERRANO GÓMEZ**  
*Universidad Complutense de Madrid*

**Ricardo CHUECA GONZÁLEZ**  
*Universidad de La Rioja*

**Joaquín GARCÍA MURCIA**  
*Universidad Complutense de Madrid*

**Miguel RODRÍGUEZ BLANCO**  
*Universidad de Alcalá de Henares*

**Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ**  
*Tribunal Constitucional*

**Rafael ARENAS GARCÍA**  
*Universidad Autónoma de Barcelona*

**Javier GARCÍA LUENGO**  
*Secretario*

**Jaume FERRER LLORET**  
*Universidad de Alicante*

**Ángel ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO**  
*Universidad Autónoma de Madrid*

**Ángel SANZ MORÁN**  
*Universidad de Valladolid*

**Francisco RAMOS MÉNDEZ**  
*Universidad Pompeu Fabra*

**Alfonso MURILLO VILLAR**  
*Universidad de Burgos*

**Juan Antonio GARCÍA AMADO**  
*Universidad de León*

**Lourdes SANTOS PÉREZ**  
*Universidad de Salamanca*

**Benjamín GONZÁLEZ ALONSO**  
*Universidad de Salamanca*



## ÍNDICE GENERAL

Página

### ARTÍCULOS

LA FAMILIA Y SU DERECHO .....	15
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
REFORMAR PARA CENTRALIZAR. PÉRDIDA DE AUTONOMÍA MUNICIPAL Y RECENTRALIZACIÓN EN TRES ACTOS .....	57
<i>Juan Manuel Goig Martínez y María Acracia Núñez Martínez</i>	
DE LA GARANTÍA DE LA LEY AL ABANDONO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO LEGITIMACIÓN DEL EJERCICIO DEL PODER .....	77
<i>Juan Ignacio Moreno Fernández</i>	
EL SISTEMA PROGRESIVO: EL ORIGEN DE UNA DISPUTA ENTRE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS MILITAR Y CIVIL .....	101
<i>Juan Victorio Serrano Patiño</i>	
LOS ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO (1902-1911; 1937-1950). PRIMERA ÉPOCA .....	119
<i>Marta Frieria Álvarez</i>	

### TRABAJOS DE FIN DE GRADO Y TRABAJOS DE FIN DE MÁSTER

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS .....	157
<i>Marco Fernández Gutiérrez</i>	

## **DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016**

---

	<u>Página</u>
GIBRALTAR, UN ENCLAVE COLONIAL EN EUROPA .....	181
<i>Rosa Aldonza Rubio</i>	
LOS APÁTRIDAS COMO GRUPO VULNERABLE .....	201
<i>Borja Manuel Herías Fernández</i>	

## **DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS**

DIÁLOGO ENTRE MANUEL ATIENZA Y JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO .....	229
BENJAMÍN RIVAYA. ENTREVISTA A PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ .....	257
BENJAMÍN RIVAYA. ENTREVISTA A JUAN JOSÉ GIL CREMADES .....	271
<b>AUTORES DE LOS TRABAJOS</b> .....	<b>293</b>

*Diálogos Jurídicos*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, nace con la intención de participar en el debate jurídico doctrinal en lengua española, así como la de contribuir a generar nuevos conocimientos sobre el Derecho. El mismo título ya indica que el Derecho no es (o, en todo caso, ha dejado de ser) monólogo; que se ha convertido en coloquio, discusión, debate. Éste pretende ser el sentido de la nueva publicación.

El primer número se abre con un excepcional trabajo de Juan Antonio García Amado, filósofo del Derecho, precisamente sobre la filosofía del Derecho de familia. Le sigue un atractivo artículo de Juan Manuel Goig Martínez y María Acracia Núñez Martínez, constitucionalistas ambos, que versa sobre la pérdida de competencias de las corporaciones locales, a favor de diputaciones y comunidades autónomas. El tercer trabajo de la sección doctrinal se debe a Juan Ignacio Moreno Fernández, letrado del Tribunal Constitucional, y trata sobre la fundamental cuestión de la legitimación del poder, para llevar a cabo la cual, sostiene el autor, el principio democrático estaría perdiendo fuerza argumentativa. El siguiente artículo, muy interesante, trata del sistema penitenciario militar, al que el autor, Juan Victorio Serrano Patiño, abogado, compara con el civil. Esta sección doctrinal se cierra con un artículo historiográfico de Marta Frieria sobre la primera época de los *Anales de la Universidad de Oviedo*, revista que, en cierta medida, constituye el precedente de ésta.

La segunda sección de la revista recoge Trabajos Fin de Grado y Fin de Máster, leídos en la Universidad de Oviedo y que tratan de asuntos jurídicos, que los miembros del Consejo de Redacción han tenido por excelentes. El primer artículo, del que es autor Marco Fernández Gutiérrez, es una síntesis del Trabajo Fin de Grado que defendió en la Facultad de Derecho y que versa sobre la relación entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario. El segundo, de Rosa Aldonza Rubio, que también tiene su origen en el Trabajo Fin de Grado que defendió en la Facultad, trata sobre el caso de Gibraltar como colonia. El tercero, de Borja Manuel Herías Fernández, es un resumen del Trabajo Fin de Máster que defendió en el Máster Universitario en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables, de la Universidad de Oviedo, que trata precisamente de la vulnerabilidad de los apátridas.

La tercera sección, constituida por diálogos y entrevistas, recoge en primer lugar el diálogo que mantuvieron dos de los más reconocidos filósofos del Derecho en lengua española, salidos ambos de nuestra Facultad, en la que estudiaron la carrera y comenzaron su andadura docente e investigadora, Manuel Atienza y, de nuevo, Juan Antonio García Amado. En segundo lugar se recoge la entrevista que se realizó a Perfecto Andrés Ibáñez, jurista en quien se da la doble condición de teórico y práctico del Derecho, en ambos casos con singular acierto, en la misma Facultad, ante un multitudinario auditorio de más de doscientos profesores y estudiantes. Por fin, se entrevista a Juan José Gil

**DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016**

---

Cremades, excepcional historiador de las ideas, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, recientemente jubilado.

Benjamín RIVAYA  
*Decano*

# LA FAMILIA Y SU DERECHO

Juan Antonio GARCÍA AMADO<sup>(\*)</sup>

*Universidad de León*

## RESUMEN

### La familia y su derecho

La tesis es que el Derecho de familia se ha quedado sin un objeto definido, pues ya no maneja el Derecho un concepto unitario y congruente de familia, sino que se regulan situaciones sumamente heterogéneas y con atención preferente a las obligaciones económicas que esas diferentes situaciones y relaciones generan. Así, la base de la noción jurídica de familia (y en particular de matrimonio) ya no es ni una formalidad constitutiva ni el afecto ni el intercambio sexual ni la convivencia ni un vínculo biológico (en cuanto a la filiación). Correlativamente, de los deberes familiares apenas va quedando respaldo jurídico efectivo para los que no sean de carácter económico. Pero la dogmática civil sigue muy atada a una concepción naturalística y pretérita de la familia.

**Palabras clave:** Familia. Matrimonio. Filiación. Pensión compensatoria. Deberes matrimoniales.

## ABSTRACT

### Families: Which law?

Family law has been left without a defined object, because the law does not comprise a unitary and coherent concept of the family, but regulates situations highly heterogeneous and pays preferential attention to the economic obligations arising from these different situations and relationships. Thus, the basis of the legal notion of family (and especially marriage) is no longer a constitutive formality or affection or sexual exchange coexistence or a biological link (as regards filiation). Consecutively, the only aspect that is being left of family duties is the effective legal support for those cases which are not of an economic nature. But the civil dogma is still tied to the naturalistic and past conception of family.

**Keywords:** Family. Marriage. Filiation. Compensatory Pension. Matrimonial duties.

---

## SUMARIO

- I. TRES TESIS SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA.
- II. SOBRE LA DESUSTANCIALIZACIÓN DE LA FAMILIA EN SU DERECHO Y SOBRE LA DEFINITIVA INVIABILIDAD DE UN CONCEPTO (JURÍDICO) NATURALISTA DE FAMILIA.
  1. La imposibilidad del sistema.
  2. El Derecho ya no defiende la institución y hace de papel sus deberes.
  3. ¿Y la responsabilidad civil por daño extracontractual?

---

(\*) Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

# REFORMAR PARA CENTRALIZAR. PÉRDIDA DE AUTONOMÍA MUNICIPAL Y RECENTRALIZACIÓN EN TRES ACTOS

Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ<sup>(\*)</sup>  
María Acracia NÚÑEZ MARTÍNEZ<sup>(\*\*)</sup>

UNED

## RESUMEN

### Reformar para centralizar. Pérdida de autonomía municipal y recentralización en tres actos

Los Ayuntamientos han contribuido al proceso de modernización de España, pero ello no se ha visto recompensado con una adecuada redefinición de las competencias municipales para que se sitúen a la altura de lo que es y debe ser la función local en un Estado moderno del bienestar. Por el contrario, las últimas reformas legislativas, se han traducido en una pérdida competencial en favor de las Diputaciones, y sobre todo de las Comunidades Autónomas, en perjuicio del denominado principio de subsidiariedad conforme al cual, la prestación de los servicios públicos debe llevarse a cabo por la Administración que se encuentre en mejores condiciones para ello y más próxima al ciudadano.

**Palabras clave:** Ayuntamientos, competencias municipales, reformas legislativas, principio de subsidiariedad, relaciones intergubernamentales.

## ABSTRACT

### To reform to centralize. Loss of municipal autonomy and recentralization in three acts

The councils have contributed to the modernization of Spain, but this has not been rewarded with a suitable redefinition of municipal powers so that they are at the height of what is and should be the local function in a modern state being. By contrast, recent legislative reforms have resulted in a competence loss for the Councils, and especially of the Autonomous Communities, to the detriment of so-called subsidiarity principle according to which the provision of public services should be out by the Administration that is better able to do so and closer to the citizen.

**Keywords:** Municipalities, municipal powers, legislative reforms, subsidiarity principle, intergovernmental relations.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y ALCANCE DE LA AUTONOMÍA LOCAL.
- III. AUTONOMÍA LOCAL Y COMPETENCIAS MUNICIPALES.
- IV. LA IMPORTANCIA DEL PODER MUNICIPAL. REFORMAS INSUFICIENTES.

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UNED.

(\*\*) Vicedecana de Ordenación Académica de la UNED, y Profesora de Derecho Constitucional.

# DE LA GARANTÍA DE LA LEY AL ABANDONO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO LEGITIMACIÓN DEL EJERCICIO DEL PODER

Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ(\*)

## RESUMEN

### De la garantía de la ley al abandono del principio democrático como legitimación del ejercicio del poder

La crisis económica ha obligado a adoptar diferentes medidas tendentes al aumento de los ingresos, a la contención del gasto, a la reducción del déficit y, en fin, a la limitación del endeudamiento. Sin embargo, el modo de insertarlas en el Ordenamiento jurídico a través de disposiciones normativas no parlamentarias aprobadas por vía de urgencia o mediante enmiendas en la Cámara de segunda lectura hace padecer gravemente tanto el principio de legalidad (artículo 9.3 CE) como el principio democrático (artículo 1.1 CE), provocando la crisis del Estado social y democrático de Derecho.

**Palabras clave:** Crisis económica, decreto-ley, derecho de crisis, derecho de enmienda, gasto público, legislación de urgencia, prestaciones patrimoniales, principio de legalidad, principio democrático, principio mayoritario.

## ABSTRACT

### From the rule of law to the abandonment of the democratic principle as legitimization of power

The economic crisis has led to take several measures to enhance tax revenues, contain public spending, reduce deficit and, finally, set limits to public debt. However, those measures have been incorporated to the legal system via non parliamentary provisions approved through emergency procedures or amendments in the second reading House, all which severely harms both the principle of legality (article 9.3 of the Spanish Constitution) and the democratic principle (article 1.1 of the Spanish Constitution), leading to a crisis of the social and democratic rule of law.

**Keywords:** Economic crisis, decree-law, crisis law, right to amend, public spending, emergency legislation, contributions, principle of legality, democratic principle, majority rule.

---

## SUMARIO

- I. DEL DERECHO DE CRISIS A LA CRISIS DEL DERECHO.
- II. DEL VASALLAJE A LA GARANTÍA DE LA LEY: LA CONQUISTA DEL CIUDADANO FRENTE AL PODER DESPÓTICO.
- III. DE LA GARANTÍA DE LA LEY AL PROBLEMA DE LA LEY: DOS MANERAS DE HURTAR EL DEBATE POLÍTICO A LOS REPRESENTANTES DEL PUEBLO.

---

(\*) Letrado del Tribunal Constitucional, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alcalá de Henares.

# LOS APÁTRIDAS COMO GRUPO VULNERABLE<sup>(\*)</sup>

Borja Manuel HERÍAS FERNÁNDEZ

*Universidad de Oviedo*

## RESUMEN

### Los apátridas como grupo vulnerable

Los apátridas son uno de los colectivos más vulnerables que existen. Tal vulnerabilidad se debe a la carencia de nacionalidad, puesto que la nacionalidad ha sido definida como «el derecho a tener derechos». Carecer de nacionalidad hace que muchos de sus derechos humanos les sean violados de manera sistemática y vivan en una situación de exclusión social y marginalidad. Sin embargo, existe una clara tendencia en derecho internacional hacia el reconocimiento de los derechos de los individuos en sus relaciones con los Estados. Esta situación genera una controversia, caracterizada por la tensión entre la soberanía estatal y la normativa de los derechos humanos, respecto a si existe o no un derecho humano a la nacionalidad ejercitable frente a los estados.

**Palabras clave:** Apatridia, grupo vulnerable, nacionalidad, soberanía, derechos humanos.

## ABSTRACT

### A vulnerable group: Stateless persons

Stateless persons are one of the most vulnerable groups in the world. Such vulnerability is due to lack of nationality, since nationality has been defined as «the right to have rights». Not having a nationality renders possible the systematic violation of many of their human rights. It also condemns stateless persons to live in a situation of social exclusion and marginalization. However, there is a clear trend in international law towards recognizing the rights of individuals in their relations with states. This situation creates a controversy, characterized by a dichotomy between state sovereignty and human rights law, as to whether there is a human right to nationality that can be enforceable against states or not.

**Keywords:** Statelessness, vulnerable group, nationality, sovereignty, human rights.

---

## SUMARIO

- I. APATRIDIA. NOCIÓN E HISTORIA.
  1. **Noción de apatridia.**
    - 1.1. Concepto jurídico de apatridia.
    - 1.2. Causas de la apatridia.
  2. **Visión histórica de la apátrida.**
    - 2.1. Evolución histórica.
    - 2.2. Situación actual.

---

(\*) Trabajo Fin de Máster «Los apátridas como grupo vulnerable» Máster Universidad de Oviedo.

DIÁLOGOS JURÍDICOS  
2016



BENJAMÍN RIVAYA

**Director**

# **DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016**

Anuario de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Oviedo

1

**THOMSON REUTERS  
ARANZADI**

Primera edición, abril 2016

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Benjamín Rivaya (dir.) y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISSN 2445-2688  
Depósito Legal: NA 633/2016

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Benjamín RIVAYA

**Director**

Raúl BOCANEGRA SIERRA

*Universidad Complutense de Madrid*

Silvia DÍAZ ALABART

*Universidad Complutense de Madrid*

Eduardo SERRANO GÓMEZ

*Universidad Complutense de Madrid*

Ricardo CHUECA GONZÁLEZ

*Universidad de La Rioja*

Joaquín GARCÍA MURCIA

*Universidad Complutense de Madrid*

Miguel RODRÍGUEZ BLANCO

*Universidad de Alcalá de Henares*

Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ

*Tribunal Constitucional*

Rafael ARENAS GARCÍA

*Universidad Autónoma de Barcelona*

Javier GARCÍA LUENGO

*Secretario*

Jaume FERRER LLORET

*Universidad de Alicante*

Ángel ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO

*Universidad Autónoma de Madrid*

Ángel SANZ MORÁN

*Universidad de Valladolid*

Francisco RAMOS MÉNDEZ

*Universidad Pompeu Fabra*

Alfonso MURILLO VILLAR

*Universidad de Burgos*

Juan Antonio GARCÍA AMADO

*Universidad de León*

Lourdes SANTOS PÉREZ

*Universidad de Salamanca*

Benjamín GONZÁLEZ ALONSO

*Universidad de Salamanca*



# ÍNDICE GENERAL

Página

## ARTÍCULOS

LA FAMILIA Y SU DERECHO .....	15
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
REFORMAR PARA CENTRALIZAR. PÉRDIDA DE AUTONOMÍA MUNICIPAL Y RECENTRALIZACIÓN EN TRES ACTOS .....	57
<i>Juan Manuel Goig Martínez y María Acracia Núñez Martínez</i>	
DE LA GARANTÍA DE LA LEY AL ABANDONO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO LEGITIMACIÓN DEL EJERCICIO DEL PODER .....	77
<i>Juan Ignacio Moreno Fernández</i>	
EL SISTEMA PROGRESIVO: EL ORIGEN DE UNA DISPUTA ENTRE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS MILITAR Y CIVIL .....	101
<i>Juan Victorio Serrano Patiño</i>	
LOS ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO (1902-1911; 1937-1950). PRIMERA ÉPOCA .....	119
<i>Marta Frieria Álvarez</i>	

## TRABAJOS DE FIN DE GRADO Y TRABAJOS DE FIN DE MÁSTER

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS .....	157
<i>Marco Fernández Gutiérrez</i>	

	<u>Página</u>
GIBRALTAR, UN ENCLAVE COLONIAL EN EUROPA . . . . .	181
<i>Rosa Aldonza Rubio</i>	
LOS APÁTRIDAS COMO GRUPO VULNERABLE . . . . .	201
<i>Borja Manuel Herías Fernández</i>	

## **DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS**

DIÁLOGO ENTRE MANUEL ATIENZA Y JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO . . . . .	229
BENJAMÍN RIVAYA. ENTREVISTA A PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ . . . . .	257
BENJAMÍN RIVAYA. ENTREVISTA A JUAN JOSÉ GIL CREMADES . . . . .	271
<b>AUTORES DE LOS TRABAJOS</b> . . . . .	<b>293</b>

*Diálogos Jurídicos*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, nace con la intención de participar en el debate jurídico doctrinal en lengua española, así como la de contribuir a generar nuevos conocimientos sobre el Derecho. El mismo título ya indica que el Derecho no es (o, en todo caso, ha dejado de ser) monólogo; que se ha convertido en coloquio, discusión, debate. Éste pretende ser el sentido de la nueva publicación.

El primer número se abre con un excepcional trabajo de Juan Antonio García Amado, filósofo del Derecho, precisamente sobre la filosofía del Derecho de familia. Le sigue un atractivo artículo de Juan Manuel Goig Martínez y María Acracia Núñez Martínez, constitucionalistas ambos, que versa sobre la pérdida de competencias de las corporaciones locales, a favor de diputaciones y comunidades autónomas. El tercer trabajo de la sección doctrinal se debe a Juan Ignacio Moreno Fernández, letrado del Tribunal Constitucional, y trata sobre la fundamental cuestión de la legitimación del poder, para llevar a cabo la cual, sostiene el autor, el principio democrático estaría perdiendo fuerza argumentativa. El siguiente artículo, muy interesante, trata del sistema penitenciario militar, al que el autor, Juan Victorio Serrano Patiño, abogado, compara con el civil. Esta sección doctrinal se cierra con un artículo historiográfico de Marta Friera sobre la primera época de los *Anales de la Universidad de Oviedo*, revista que, en cierta medida, constituye el precedente de ésta.

La segunda sección de la revista recoge Trabajos Fin de Grado y Fin de Máster, leídos en la Universidad de Oviedo y que tratan de asuntos jurídicos, que los miembros del Consejo de Redacción han tenido por excelentes. El primer artículo, del que es autor Marco Fernández Gutiérrez, es una síntesis del Trabajo Fin de Grado que defendió en la Facultad de Derecho y que versa sobre la relación entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario. El segundo, de Rosa Aldonza Rubio, que también tiene su origen en el Trabajo Fin de Grado que defendió en la Facultad, trata sobre el caso de Gibraltar como colonia. El tercero, de Borja Manuel Herías Fernández, es un resumen del Trabajo Fin de Máster que defendió en el Máster Universitario en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables, de la Universidad de Oviedo, que trata precisamente de la vulnerabilidad de los apátridas.

La tercera sección, constituida por diálogos y entrevistas, recoge en primer lugar el diálogo que mantuvieron dos de los más reconocidos filósofos del Derecho en lengua española, salidos ambos de nuestra Facultad, en la que estudiaron la carrera y comenzaron su andadura docente e investigadora, Manuel Atienza y, de nuevo, Juan Antonio García Amado. En segundo lugar se recoge la entrevista que se realizó a Perfecto Andrés Ibáñez, jurista en quien se da la doble condición de teórico y práctico del Derecho, en ambos casos con singular acierto, en la misma Facultad, ante un multitudinario auditorio de más de doscientos profesores y estudiantes. Por fin, se entrevista a Juan José Gil

## **DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016**

---

Cremades, excepcional historiador de las ideas, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, recientemente jubilado.

Benjamín RIVAYA

*Decano*

# Diálogos jurídicos

---

## ARTÍCULOS

---



# LA FAMILIA Y SU DERECHO

Juan Antonio GARCÍA AMADO<sup>(\*)</sup>

*Universidad de León*

## RESUMEN

### La familia y su derecho

La tesis es que el Derecho de familia se ha quedado sin un objeto definido, pues ya no maneja el Derecho un concepto unitario y congruente de familia, sino que se regulan situaciones sumamente heterogéneas y con atención preferente a las obligaciones económicas que esas diferentes situaciones y relaciones generan. Así, la base de la noción jurídica de familia (y en particular de matrimonio) ya no es ni una formalidad constitutiva ni el afecto ni el intercambio sexual ni la convivencia ni un vínculo biológico (en cuanto a la filiación). Correlativamente, de los deberes familiares apenas va quedando respaldo jurídico efectivo para los que no sean de carácter económico. Pero la dogmática civil sigue muy atada a una concepción naturalística y pretérita de la familia.

**Palabras clave:** Familia. Matrimonio. Filiación. Pensión compensatoria. Deberes matrimoniales.

## ABSTRACT

### Families: Which law?

Family law has been left without a defined object, because the law does not comprise a unitary and coherent concept of the family, but regulates situations highly heterogeneous and pays preferential attention to the economic obligations arising from these different situations and relationships. Thus, the basis of the legal notion of family (and especially marriage) is no longer a constitutive formality or affection or sexual exchange coexistence or a biological link (as regards filiation). Consecutively, the only aspect that is being left of family duties is the effective legal support for those cases which are not of an economic nature. But the civil dogma is still tied to the naturalistic and past conception of family.

**Keywords:** Family. Marriage. Filiation. Compensatory Pension. Matrimonial duties.

---

## SUMARIO

- I. TRES TESIS SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA.
- II. SOBRE LA DESUSTANCIALIZACIÓN DE LA FAMILIA EN SU DERECHO Y SOBRE LA DEFINITIVA INVIABILIDAD DE UN CONCEPTO (JURÍDICO) NATURALISTA DE FAMILIA.
  1. La imposibilidad del sistema.
  2. El Derecho ya no defiende la institución y hace de papel sus deberes.
  3. ¿Y la responsabilidad civil por daño extracontractual?

---

(\*) Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

### III. NI MÁS DERECHOS NI MÁS OBLIGACIONES QUE LOS ECONÓMICOS. A PROPÓSITO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SUS MISTERIOS.

---

En lo académico, nada me puede complacer más que disertar en mi querida Facultad de Derecho de Oviedo en el señalado día en que se celebra la festividad del patrono de los estudios de Derecho. Hace ya veinte años que dejé esta Facultad, pero sigo sintiéndome de ella y así será siempre. Aquí estudié mi carrera, aquí aprendí de los primeros maestros, de tantos buenos profesores que me inculcaron el gusto por el Derecho y el placer de la teoría jurídica, aquí hallé el afecto y la amistad de tantos compañeros y colegas a los que guardo indeleble aprecio y admiración, aquí forjé mi vocación de docente e investigador universitario, aquí aprendí y disfruté con generaciones de estudiantes que, convertidos hoy en brillantes profesionales y, bastantes, en excelentes académicos, me siguen enseñando. Nunca podré devolver tanto como en esta Facultad he recibido de tantos, jamás podré con mis obras responder a la magnitud de mi deuda ni expresar lo profundo de mi gratitud.

Como iusfilósofo y en mi ya largo periplo académico, he llegado a la convicción de que la mejor y más útil Filosofía del Derecho es la que no pierde de vista las normas ni se olvida del diálogo con la mejor dogmática jurídica. Me interesa, pues, la que podemos denominar Filosofía del Derecho aplicada. La única ventaja, si acaso, del filósofo del Derecho curtido se halla en su manejo de ciertas herramientas teóricas, analíticas y críticas que le permitan decir algo más o algo distinto de lo que cuenta la buena dogmática jurídica, no para enmendarla o ponerla en solfa, sino para complementarla y, entre unos y otros, alcanzar explicaciones más completas de las normas y las doctrinas sobre ellas. Creo profundamente en la utilidad y necesidad de la buena dogmática. No hay Derecho fiable ni Estado de Derecho que funcione allí donde no se cuenta con el entramado conceptual y la visión sistemática que brinda una sólida dogmática jurídica, en sus diversas ramas.

Aquí voy a tratar de asuntos que competen a los civilistas, en concreto del Derecho de familia. No creo, para nada, en disputas territoriales ni en cotos exclusivos. Los mejores civilistas, al igual que los más acreditados penalistas, administrativistas, laboristas, constitucionalistas y tantos otros, han hecho aportaciones notabilísimas a la Teoría y la Filosofía del Derecho. Es de justicia que también los filósofos del Derecho nos ocupemos, desde la perspectiva nuestra, de sus temas y sus doctrinas, aunque sea con la inseguridad y el atrevimiento del diletante. Avanzarán mejor nuestras ciencias o ramas del conocimiento si dialogamos y debatimos.

En lo que sigue pretendo dar cuenta de un sempiterno problema de la dogmática jurídica, al hilo de algunos problemas del Derecho de familia. La dogmática construye sus sistemas teóricos en un proceso histórico a lo largo del que se asumen presupuestos conceptuales, sociales y valorativos. Los constantes y acelerados cambios legislativos, sociales, ideológicos, políticos y morales fuerzan a una continua reelaboración y a una permanente revisión de las categorías heredadas, y sin tales revisiones corre la doctrina jurídica peligro de quedarse aislada en sus cuarteles de invierno, porfiando por mantenerse en postulados teóricos que ya no cuadran con las realidades vitales y normativas, a veces disertando sobre un objeto que ha mutado sus perfiles o se ha evaporado por completo. Ese, creo, es el caso del Derecho de familia, y sostendré que dicha rama ha

de tomar nota de que, para el Derecho y para la sociedad, la familia ya no es lo que era ni volverá a serlo. Ni de lejos quiero insinuar que los civilistas no estén recomponiendo adecuadamente sus teorías al respecto. Nada más quiero resaltar lo ingente de su tarea y que el desafío de los nuevos tiempos es de tal magnitud, que de algo puede también servir que los filósofos del Derecho tratemos de aportar nuestro grano de arena, desde nuestra distancia y con nuestras herramientas analíticas.

## I. TRES TESIS SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

Mantendré aquí varias **tesis** de apariencia radical, pero que trataré de defender como las más correctas descripciones del estado actual del Derecho de familia. Esas tesis pueden provisional y resumidamente enunciarse así:

1. El Derecho de familia ha tenido sustancia propia y consistencia interna mientras el Derecho reflejaba, por un lado, y coactivamente ayudaba a mantener, por otro, un modelo normativo de familia. Es decir, lo que por familia pudiera entenderse estaba congruentemente asentado en la tradición y reflejado en la moral positiva o socialmente vigente, en particular en la moral religiosamente respaldada y asegurada. Lo que el sistema jurídico hacía era ratificar, con sus particulares medios, ese modelo social y uniforme de familia. Tal se lograba mediante la represión de los modelos alternativos y mediante la penalización, en diversas formas, de quienes, hallándose insertos en una familia (como padre o madre, como hijo, como esposo o esposa...), no se atuvieran a los roles debidos en la misma. También cabían sanciones positivas, consistentes en el otorgamiento de ventajas o premios a los que se insertaran adecuadamente en ese modelo familiar ortodoxo y dentro de él desempeñaran correctamente su papel correspondiente. Había, pues, un modelo prejurídico de familia que, al ser incorporado por el sistema jurídico a fin de protegerlo, se convertía en modelo de familia jurídica y, así, recibía de las herramientas del Derecho la garantía de pervivencia.

De todo eso quedan restos en el ordenamiento jurídico actual, pero tales restos son justamente los que hacen incoherente el vigente Derecho de familia, pues de éste ha desaparecido toda referencia firme, sustancial y prejurídica a la hora de saber o determinar qué es una familia y, por tanto, a qué tipo de uniones, relaciones, situaciones y prácticas se deben aplicar las diversas normas de ese sector jurídico. En otras palabras, mientras que, antes, las normas del Derecho de familia se aplicaban a las familias, ahora, puesto que es el propio Derecho el que, sin referencias previas o externas a él o en medio de referencias absolutamente contradictorias, determina lo que sea familia a los efectos de aplicar tales o cuales reglas jurídicas, se invierte completamente el razonamiento de fondo: no es que el Derecho de familia se aplique a las relaciones familiares, sino que relaciones familiares son aquellas a las que el Derecho de familia se aplica.

Por ese motivo, el debate principal ya no es moral, social, político o económico, sino un debate intrajurídico, por así decir, un debate cuyas categorías son jurídicas, categorías del Derecho y de su teoría: derechos, discriminación... Ya no importa tanto, como antes, lo que moralmente piensen éstos o aquéllos de las relaciones homosexuales, por ejemplo, o de la convivencia sexual estable sin pasar por la vicaría o el juzgado, y tampoco las consecuencias que esos cambios de costumbres tengan, en su caso, en la demografía, la

economía, la educación, etc., sino que lo que cuenta más que nada es que ningún individuo esté o razonablemente pueda sentirse discriminado por el hecho de que su opción personal, sean cuales sean sus efectos para el conjunto social, no goce de los mismos derechos y ventajas que el modelo que hasta ahora era el ortodoxo o estandarizado.

2. Si eso es así, pierde fundamento toda pretensión de una doctrina naturalista de la familia que sirva de presupuesto para la explicación y sistematización de la correspondiente rama de nuestro Derecho. Llamamos doctrinas naturalistas a aquellas que piensan que existe, en el ámbito normativo del que se trate, una realidad ontológica preestablecida, de manera que el Derecho, con sus normas, refleja tal realidad anterior, prejurídica, y la defiende. En nuestro tema, significaría que hay un modo de ser necesario, ineludible, del matrimonio y la familia, modo de ser impepinable, ontología esencial, sustancia predeterminada, que el Derecho no puede contradecir. El matrimonio, pongamos por caso, es lo que es y sirve para lo que sirve, y tal realidad no puede cambiarla ningún legislador, ningún poder humano. Igual que no puede ningún parlamento prescribir la cuadratura del círculo ni lo hará ningún legislador que esté en sus cabales ni servirá de nada que por tal porfíe, así el matrimonio será heterosexual o la familia se orientará a la procreación y será «célula básica de la sociedad». No hay más vueltas que darle.

Inspira ternura lo que de un naturalismo así va quedando entre los civilistas. Quienes de esa forma insisten se ven irremisiblemente abocados a la melancolía o a la perplejidad del conductor que va por el carril equivocado de la autopista y se pregunta cómo es posible que todos los demás anden al revés. Porque el civilista, el que cultiva la importante y necesaria dogmática civilista, debe, con las normas de su sector, construir un sistema lo más claro y coherente que sea posible, y mal podrá embarcarse en dicha tarea cuando le parece que el Derecho de verdad no es el que en el Código y la legislación civil se expresa. Siempre podrá hacer como otros y proclamar que las normas legales son esencialmente derrotables, que la verdad del Derecho se encuentra en el trasfondo material de la Constitución y que en éste ni cabe matrimonio homosexual, ni «divorcio a la carta» ni cualquier otra promiscuidad que contravenga el orden natural. Pero esos argumentos son más propios de iusfilósofos ocupados en demostrar que la justicia (constitucional) está siempre de su parte y con su caso, que de civilistas que se quieren serios.

Pero lo que hay, lo que en materia de familia está en las leyes de ahora, puede dejar patidifuso hasta al más recalcitrante normativista, pues lo que falta es, justamente, plan y sistema. Cabe afirmar, como hicimos en el punto anterior, que no existe más familia que la que el Derecho de familia dibuje como tal. Pero, si somos realistas, deberemos avanzar un paso más y asumir que, en verdad, en nuestro actual ordenamiento **no hay familia**. Ya no es que el Derecho haya dejado de reflejar una noción prejurídica y socialmente vigente de familia, sino que tampoco construye el Derecho una noción jurídica alternativa, no la construye con una mínima precisión y una coherencia suficiente para que podamos decir que éste, con tales y cuales caracteres, es el modelo de familia vigente a día de hoy en nuestro Derecho. Se han vuelto completamente contingentes y radicalmente heterogéneas las circunstancias a las que el Derecho ata la aparición para un sujeto de derechos u obligaciones «familiares», no hay ningún hilo conductor constante, es coyuntural o aleatorio que yo hoy tenga que rendirle tal prestación a un sujeto porque es de mi familia o que tenga que dármele ese sujeto a mí o que deba proporcionarnos a los dos alguna ventaja o facilidad el Estado, debido a que seamos familia.

Bien mirado, algo de esto ha habido siempre. Nunca el Derecho, al menos en nuestro medio cultural e histórico, ha sido congruente con las funciones y definiciones sustanciales de la familia en que presuntamente se basaba. Siempre el sistema jurídico ha seleccionado, con su propio criterio (que es el criterio político de quien hace sus normas), una serie de relaciones como familiares para imputar en esos casos, y sólo en esos, derechos y obligaciones. Así, se ha relacionado el matrimonio con la función reproductiva, pero ello no ha sido óbice para que puedan contraerlo válidamente quienes no pueden procrear o no pueden ya. Especialmente después del siglo XVII, se ha ligado el matrimonio al amor, mas no han dejado de ser válidos tantos matrimonios por interés o por cualquier circunstancia independiente del afecto o hasta incompatible con él. Y así sucesivamente. Se repite una y otra vez que el matrimonio es «comunidad de vida», pero de entre todas las comunidades vitales, incluso de entre todas las que llevan consigo afecto y reparto de gastos, es el Derecho el que siempre ha seleccionado cuáles son matrimonio y cuáles no. Lo peculiar del presente es que en esa selección ya no hay ni rastro de criterio, ya no se ve qué línea la articula.

Tenemos, en consecuencia, que el actual Derecho de familia es, se mire como se mire, Derecho sin familia. Antes, muchas de las que con arreglo a ciertas definiciones sustanciales (afecto, convivencia, intercambio sexual, solidaridad económica...) eran familias, no tenían Derecho de familia, no constituían familia para el Derecho de familia. Pero, al menos, a las que esa rama consideraba familias era posible encontrarles algún mínimo denominador común. Y, si no, quedaba el dato formal, procedimental: será familia y tendrá el tratamiento jurídico de tal aquel grupo humano que cumpla algunos requisitos fijados por las normas (edad, cierta situación de parentesco o de falta de él, etc.) y que realice determinados ritos jurídicos constitutivos, tales como contraer matrimonio, reconocer un hijo, etc. Hoy ya no es así, en modo alguno, como bien sabemos.

3. Así que si el Derecho de familia ya no es, propiamente hablando, Derecho *de familia*, ¿qué es? Arribamos a nuestra tercera tesis: el que actualmente se sigue llamando Derecho de familia y explicando como si en verdad tal hubiera **no es más que una rama del Derecho de obligaciones**. No quedan, o no quedan apenas, en materia familiar más derechos y más obligaciones que los de contenido económico. Sí se enuncian derechos y deberes de otro tipo, pero carecen en realidad de toda virtualidad jurídica tangible, son solamente retórica o resabio de otros tiempos o lubricante que sirve hacer a muchos más llevadera la transición hacia esa disolución de las relaciones familiares. Por supuesto, nada impide, en los hechos, que las personas puedan amarse como pareja o como padres e hijos o hermanos, que ciertos adultos puedan compartir sexo y casa, que se reserven entre sí un trato de favor que a otros no darían, etc., etc., etc. Pero al Derecho nada de esto le importa ya, pues puede haber de todo ello sin que para el ordenamiento nos hallemos ante una familia, y puede no haber ninguna de esas cosas y tratarse, para el sistema jurídico, de una familia. ¿Y a qué efectos sabremos si estamos o no ante una familia? Según que haya o no que pagar o que se pueda o no recibir. Todo lo demás al Derecho de familia ya no le importa mayormente.

Una última precisión. Con esas tesis pretendo hacer una descripción, que trataré de ir fundamentando, de cómo está hoy el llamado Derecho de familia. Otra cosa es la opinión que a unos u otros esa situación nos merezca. Son muchos los que lamentan que el Derecho de familia abandone las viejas estructuras y los planteamientos de an-

taño, los que se afligen por el declive de la familia «de toda la vida» y reprochan que el sistema jurídico ya no la ampare apenas. No es mi caso. Lo que yo pido es, más bien, que desaparezcan los restos de esas formas antiguas que aún se dejan ver –como la pensión compensatoria, nada menos que por «desequilibrio económico»– y que ponen incongruencia a los esquemas individualistas que se van imponiendo. Es hora de probar una sociedad de ciudadanos, no de células básicas. Es hora de ampliar la libertad para que cada uno organice sus afectos y su vida sexual como quiera y sin que el Derecho se meta para nada que no sea evitar los abusos y procurar que sea libre el que pueda consentir y que no sea forzado el que no pueda. A tal propósito, con las reglas generales, civiles, administrativas, laborales y penales, seguramente basta, sin ninguna necesidad ya de andar inventando normas para un sector del ordenamiento jurídico, el Derecho de familia, que ha perdido sentido al evaporarse su objeto, la familia. En otros términos, que socialmente haya tantos modelos de familia como la gente quiera y que cada cual elija el que más le convenza, sin que el Derecho imponga ninguno ni lo impida, y con un sistema jurídico que permita y procure que cada cual sea estrictamente responsable de sus elecciones y se atenga a las consecuencias; delitos aparte, por supuesto.

## II. SOBRE LA DESUSTANCIALIZACION DE LA FAMILIA EN SU DERECHO Y SOBRE LA DEFINITIVA INVIABILIDAD DE UN CONCEPTO (JURÍDICO) NATURALISTA DE FAMILIA

### 1. La imposibilidad del sistema

Si existe una entidad llamada familia y que es objeto de la protección que prevé el artículo 39.1 de la Constitución, dicha entidad habrá de tener unos perfiles definidos y definitorios, de modo que podamos decir, cuando tales perfiles se cumplen, «esto es una familia» y, cuando no, «esto no es una familia». ¿Cuáles serían esas notas distintivas de la familia? Por lo pronto, y teniendo en mano el Derecho vigente en España a día de hoy, vayamos enumerando qué notas *no son* definitorias o constitutivas de la familia, dado que se considera que existen familias que no las cumplen, sin dejar de ser tales familias y merecer la correspondiente protección jurídica:

(i) La realización de algún **procedimiento o trámite formal de carácter constitutivo**. Desde el momento en que, por ejemplo, la unión de pareja se considera familia y dicha unión no necesita ser unión matrimonial, sino que cuenta igualmente la llamada pareja de hecho, las que podemos denominar familias informales también son familias a efectos jurídicos.

Las parejas de hecho asimiladas a las familias matrimoniales han de cumplir, según la mayor parte de las normas autonómicas que las regulan, determinadas formalidades, como la inscripción en el registro de parejas de hecho<sup>(1)</sup>, inscripción que también puede estar

---

(1) Inscripción que, en algunas Comunidades tiene carácter constitutivo, mientras que en otras no lo tiene en modo alguno. Ejemplo de esto último se contiene en la aragonesa Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que solamente exige para que se reconozca tal condición «la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública» (artículo 3.1), y establece que «Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no

sometida a requisitos como el de un periodo mínimo de convivencia. Sin embargo, también pasa a veces que ciertas situaciones meramente fácticas determinan ese reconocimiento jurídico de la pareja, como ocurre, en el caso de Galicia, cuando la pareja tiene hijos en común, en cuyo caso es suficiente acreditar la convivencia para adquirir la condición de «relación marital análoga al matrimonio», condición que acarrea para los miembros los mismos derechos y obligaciones que la ley gallega reconoce a los cónyuges (disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia).

(ii) El **vínculo biológico**. Obviamente, no hay dicha ligazón biológica entre, por ejemplo, un padre adoptivo y un adoptado y, sin embargo, son familia a efectos jurídicos<sup>(2)</sup>. Es evidente que esa relación «biológica» tampoco se da entre los miembros de la pareja, sean cónyuges o pareja de hecho, ni siquiera en sentido latísimo, pues el ayuntamiento carnal o la llamada consumación carnal no es en modo alguno condición necesaria para que el matrimonio o la pareja reciba su consideración de familia desde el sistema jurídico.

En cuanto a la relación entre padres e hijo adoptivo, las reformas legales de las últimas décadas han venido a romper más claramente el nexo biológico. Como explican Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ e Isabel ARANA DE LA FUENTE al glosar la STS, Sala 1ª, de 18 de septiembre de 2006, a partir de la Constitución «se consagró en ese ámbito el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, refiriéndolo no sólo a la filiación matrimonial o extramatrimonial, sino extendiéndolo también a la adoptiva. El criterio legal igualitario, tras la Ley 11/1981, se plasma en el artículo 108.3 del Código Civil, al establecer que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en este Código”. En conclusión, la equiparación de la filiación entre los nacidos dentro del matrimonio, que estableció por razones constitucionales la Ley 11/1981 mediante la modificación del Código Civil, se extendió por esta Ley a los hijos adoptivos estableciendo un criterio de identidad o igualación y esto llevaba consigo, como lógica consecuencia, la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia biológica y, consiguientemente, la de los derechos hereditarios que aquél pudiera ostentar respecto de ésta<sup>(3)</sup>».

Hermoso paralelismo: se suprime una distinción meramente jurídica entre hijos biológicamente iguales, la que diferenciaba entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y se introduce una plena igualación jurídica entre hijos biológicamente distintos, los adoptados y los no adoptados.

Pero no para ahí la galopante desvinculación entre parentesco y biología.

Como señala PÉREZ MONGE, «en nuestro Código civil, la maternidad se determina por el parto, lo cual durante mucho tiempo no planteó problemas, dado que la

---

casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia» (artículo 3.2).

(2) Recuérdese que, además, «La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior» (artículo 178.1 del Código Civil).

(3) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema y ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los tribunales de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 43.

mujer que portaba el gameto (maternidad genética) y la que desarrollaba la gestación eran siempre la misma. Con las técnicas de reproducción asistida cambia la situación porque es posible separar maternidad de gestación y genética<sup>(4)</sup>».

Hasta se produce, también en el caso de la madre, una desvinculación entre lo fisiológico y lo genético. Por un lado, cabe que los miembros una pareja sean padres de quien genéticamente no es hijo suyo<sup>(5)</sup>, pero ha sido gestado por la mujer de esa pareja; por otro lado, cabe que sea una «madre subrogada» o «madre de sustitución» la que geste un hijo que jurídicamente no es suyo, sino de los padres comitentes<sup>(6)(7)</sup>.

---

(4) PÉREZ MONGE, Marina, «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación vs. realidad», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010, p. 42.

(5) En los casos de la llamada donación de embriones o adopción embrionaria. En España se permite tal donación de embriones, a tenor del art. 11 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

(6) «[M]ediante la maternidad de sustitución se busca la procedencia genética del nacido, respecto de la persona o pareja comitente» (PÉREZ MONGE, Marina, «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación vs. Realidad», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2010, p. 44). Este tipo de contrato fue admitido en EE.UU. en el famoso caso Baby M. En España el contrato sería nulo, pero hay autores que estiman que sería admisible no como contrato, puesto que no cabe precio, sino como «pacto de caballeros» y a título gratuito (*vid. ibid.*, nota 2). En España, la vigente Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida dice, en su artículo 10:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Lo que aquí se determina es la nulidad del contrato, que tiene como consecuencia «la inexistencia de la responsabilidad contractual» («irrepetibilidad de lo pagado e inexigibilidad de lo prometido»), como dice PÉREZ MONGE, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ (*ibid.*, p. 48).

Pero también existe responsabilidad penal a tenor de los artículos 221 y 222 del Código Penal. (*vid. PÉREZ MONGE, cit.*, pp. 48-49).

La maternidad se atribuye por esta ley a la mujer que gestó: la maternidad se determina por el parto, y esa es la regla general de nuestro Derecho. Si la mujer es casada, opera la presunción de paternidad del marido del artículo 116.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN permitió la inscripción, como hijo de dos varones, españoles del niño gestado en California por una madre de alquiler. Esa Resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal, recurso resuelto en contra de dicha Resolución por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Poco después, una Instrucción de la DGRN, de fecha 5 de octubre de 2010, cambia los criterios de aquella Resolución anterior, pero aún permite en algún caso la inscripción paterna de un hijo de madre de alquiler. En el mismo sentido, siguieron la Resolución DGRN 1/2011, de 3 de mayo y la Resolución 6/2011, de 6 de mayo. Después, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 ha rechazado tales inscripciones, por entender que son contrarias al orden público internacional y por el riesgo de fraude de ley. En sus sentencias de 26 de junio de 2014, en los casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí estima que la denegación de la inscripción en el país de los comitentes vulnera el derecho de los hijos a la vida privada y a la propia identidad. A partir de tales sentencias, una Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 ratifica la vigencia de aquella Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. En el Derecho español empieza en esto una nueva etapa también al entrar en vigor la Ley 20/2011 del Registro Civil, y en particular sus artículos 96 y 98. De entre la abundante bibliografía, véase el tratamiento sistemático que al tema dan M.A. PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 51, 2014, pp. 9-44. Un buen resumen de la situación actual en este tema se puede leer también en A.J. VELA SÁNCHEZ, «Los hijos nacidos de convenio de gestación pro sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014», *Diario La Ley*, 6 de noviembre de 2014.

(7) «[N]o existe diferencia alguna entre la gestación que se inicia en un útero receptivo tras el tratamiento de donación de ambos gametos o en el caso de adopción embrionaria, y la que tiene lugar en los casos que una

No es conveniente dejar de lado la evolución de este tipo de problemas de asignación de paternidad y maternidad. Porque el cambio principal ha sido que donde la sociedad y el Derecho tenían un problema, ahora tienen dos. Antes, la cuestión era determinar quién era el padre del que nacía, pues sobre quién era empíricamente la madre había poco que discutir. Ahora también hay que decidir quién cuenta jurídicamente como madre, dado que la ciencia, como vemos, permite esa separación entre genética materna, gestación y maternidad jurídica.

Para resolver el problema de la paternidad, el Derecho, en nuestro ámbito cultural, combinó dos estrategias: la represión de la mujer y el juego de las presunciones «a favor» de la paternidad del marido. Con lo primero se trataba de disminuir los riesgos de que otro hombre le «hiciera» a nuestra mujer un hijo que difícilmente, y salvo en casos extremos y muy claros –ausencia del marido, impotencia manifiesta...–, podríamos probar que no era propio. Pues no olvidemos que no existían medios para comprobar científicamente «la autoría» paterna. Así que la solución consistía en someter a la mujer a una doble presión, social y jurídica, que la mantuviera sexualmente virtuosa, alejada de riesgos y tentaciones, fuertemente castigada si indebidamente sucumbía y disponible sólo para la cúpula matrimonial.

Con la política de presunciones se zanjaban disputas jurídicas e, indirectamente, se reforzaban los móviles de coacción y vigilancia. Para la sociedad, el hijo nacido después de cierto plazo de contraído el matrimonio y hasta cierto plazo después de disuelto por muerte del marido era hijo matrimonial, hijo del marido<sup>(8)</sup>. Y el marido sabía que el hijo su esposa tuviera iba a pasar por suyo y como suyo debía tratarlo y mantenerlo, con lo que se extremaban las razones para la vigilancia de su mujer y para tenerla con la pata quebrada y en casa. Sólo el cambio reciente, crucial, que hace que la presunción de paternidad pase de *iuris et de iure* a *iuris tantum*<sup>(9)</sup>, y sólo el progreso científico que

---

pareja por ausencia de útero decide realizar una fecundación *in vitro* con sus gametos y transferir su embrión a un útero donde tampoco existe vinculación genética alguna. Es por ello que desde la perspectiva científica puede resultar difícil de entender la valoración legal que se estipula en el artículo 10» [M. J. DE LOS SANTOS MOLINA, M.P. FERRER VANRELL, «Artículo 10. Gestación por sustitución», en F. LLEDÓ YAGÜE (director jurídico), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 159].

(8) Como contrapeso, en la redacción originaria de nuestro Código Civil la regla general era la no admisión de la investigación de la paternidad (Cfr. J.R. GARCÍA VICENTE, «La filiación», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 50 y ss. y 69-70). Sobre el llamado principio de veracidad biológica, hoy vigente y anclado en el artículo 39 de la Constitución, *vid. ibid.*, pp. 75-77 y 83 y ss.

(9) Pero, en materia de filiación, las idas y venidas entre lo jurídico y lo biológico son constantes. Pese a que la tendencia hoy predominante, en materia de filiación, es la de una mayor correspondencia de la verdad genética con la calificación jurídica, una importante excepción la encontramos en el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: «Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación». Para el hombre, y en términos prácticos, los efectos, ahí, vienen a ser los mismos que los que, antaño y en otro marco, tenía la presunción *iuris et de iure* de paternidad, pero con la paradoja de que el hijo cuya paternidad no se puede impugnar es genéticamente de otro hombre. Al respecto, véase A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas», en: F. LLEDÓ YAGÜE, C. OCHOA MARIENTA, O. MONJE BALMACEDA (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción*

posibilita la investigación biológica plenamente segura de la paternidad y que da sentido a las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad rompen esa especie de prisión jurídica en la que hombre y mujer se hallaban, con distintos papeles, pero ambos: ella obligada a reprimirse y él forzado a reprimirla.

Posiblemente son los descubrimientos científicos los que, en estas materias, ponen las bases para los cambios sociales y jurídicos. Primero, los medios anticonceptivos seguros y baratos permiten a cualquier tipo de pareja controlar (los riesgos de) su reproducción. El pleno ayuntamiento carnal de una pareja heterosexual ya no tiene por qué ir unido a un riesgo enorme de embarazo que fuerce a ambos a unirse en familia legal o que los someta –especialmente a la mujer– a todo tipo de sanciones si así no lo hacen. Y aún más determinante será la llegada de la píldora anticonceptiva, de cuyo manejo es plenamente responsable la mujer y que la convierte en soberana, por así decir, en decisiones que antes no eran suyas, sino del hombre: ella decide si quiere el embarazo o si no lo quiere, y hasta puede ocultar el contenido de esa decisión al varón con el que sexualmente se une.

Si agregamos las reformas legislativas que han ido admitiendo el aborto libre o con cada vez menos condiciones y que han dejado la decisión de abortar enteramente en manos de la mujer, por entenderse que son los derechos de ésta los únicos o los principales que entran en juego, tenemos completo el panorama de la gran transformación que vuelve a la mujer ama de aquello que antes la hacía esclava: la reproducción. La familia ya no se necesita como institución que entre sus cometidos o funciones tiene la de ordenar y organizar la reproducción, pues la decisión sobre ésta ha pasado a ser asunto de competencia de la mujer.

En el hombre nunca se vio del todo mal que mantuviera relaciones sexuales fuera del matrimonio o al margen de él, sólo se le pedía que tuviera cuidado con la mujer que elegía, pues en ciertos casos tendría que apechugar con las consecuencias si era descubierto o había embarazo; y la mujer impone ahora, porque puede, una libertad sexual a la que antes no podía exponerse, pues era muy alto el precio, tanto jurídico-moral como fáctico, el peligro cierto de concebir descendencia. Así que, sumado todo ello, y en un contexto más amplio de transformaciones sociales –la mujer va ganando también autonomía económica, *v. gr.*– y de mutaciones de la moral establecida, sexo y familia se «divorcian», deja de haber entre ambas aquella ecuación necesaria. El Derecho se retira, en este punto, de múltiples formas, la más evidente de las cuales es que ya no va a respaldar coactivamente ningún deber de fidelidad, de exclusividad sexual dentro del matrimonio.

---

*Humana Asistida*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 53, y J.J. INIESTA DELGADO, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 71-72.

Una nueva vuelta de tuerca en el distanciamiento entre lo biológico y lo jurídico se dio cuando la Ley 3/2007, de 15 de marzo, añadió el párrafo tercero al artículo 7 de la Ley 14/2006: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Al respecto, *cfr.* M.J. VAQUERO PINTO, «La filiación matrimonial», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. V, *Las relaciones paterno-filiales (I)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 146 y ss. especialmente 148 y ss.

Pero quedaba el problema de la reproducción y del estatuto jurídico de filiaciones y paternidades. Dueño ya cada miembro de la pareja de su práctica sexual, se va a buscar la correspondencia entre calificación jurídica y verdad empírica. Dicho de modo abrupto y caricaturesco: si a mí, como varón, ya el Derecho –tampoco los hechos ni la sociedad– no me apoya para procurar que mi esposa lleve una vida recatada que dé fundamento a la presunción de paternidad a mi cargo y no la haga demasiado cruel o «contrafáctica», exigiré que se me libere de la imputación de esa carga. Como, además, la ciencia permite comprobaciones totalmente fiables donde antes sólo habría sospechas o rumores, el sistema jurídico va a permitir esa «desfamiliarización», por así decir, de la filiación, y lo hará reorganizando a tal fin las acciones de filiación para que padre matrimonial, padre virtual, madre o hijo puedan impugnar, bajo distintas condiciones en cada caso, la paternidad jurídica<sup>(10)</sup>. Expresado en otras palabras: la reforma en tal sentido de las acciones de filiación supone que el Derecho acepta que los hijos de una familia pueden jurídicamente no ser de lo que jurídicamente era o es una familia. Con lo que se evapora aquella idea esencial del núcleo familiar, ya que puede resultar, estar jurídicamente acreditada y tener los correspondientes efectos jurídicos, una situación como la siguiente: hay un matrimonio que tiene tres hijos, nacidos los tres durante él, y, mediante las correspondientes acciones, queda sentado que uno es biológicamente del marido, señor A, otro del señor B y otro del señor C. Si los cónyuges siguen viviendo juntos y con los tres hijos, pero B y C se han hecho –o han sido forzados a hacerse– cargo de sus obligaciones de asistencia y alimentos: ¿cuántas familias hay ahí, en términos de Derecho?, ¿varias?, ¿una, pero muy rara, con tres maridos?, ¿y si, ya puestos y después de hacer números, deciden vivir juntos todos, los cónyuges, los tres hijos diversos y los señores B y C?

Adicionalmente, la configuración del llamado derecho a conocer el propio origen biológico<sup>(11)</sup>, como derecho individual vinculado antes que nada a la dignidad del hijo, de la que sería parte lo relativo a su identidad<sup>(12)</sup>, también es un indicio de cómo el

(10) Aunque no siempre. No se permite en todo caso la averiguación de la paternidad biológica. Ya se ha mencionado el artículo 8.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana. Y el artículo 5.5. de dicha Ley dice, respecto de los hijos nacidos de fecundación con semen de donante anónimo, que «Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad» y «Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes», sin que «la revelación de la identidad del donante» en tales supuestos implique «en ningún caso determinación legal de la filiación» (artículo 8.3).

En general sobre la problemática del anonimato del donante de semen en relación con los derechos del hijo a conocer su origen, S. FERREIRA FREITAS, «O anonimato do dador e o direito a conhecer a própria origem. Uma aproximação de direito comparado», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, segunda época, 19-1, 2010, pp. 41 y ss.

(11) Cfr. J.R. GARCÍA VICENTE, «La filiación», *op. cit.*, pp. 83 y ss.

(12) Básicas en tal sentido las SSTEDH *Odièvre contra Francia* (13 de febrero de 2003) y *Jaggi contra Suiza* (13 de julio de 2006). La tensión entre ese pretendido derecho a conocer la propia identidad y los móviles de otro tipo, jurídicos o económicos, de quien ejerce la correspondiente pretensión, queda bien patente en las palabras del Tribunal Constitucional (sentencia 116/1999, fundamento 15º) al declarar la constitucionalidad del artículo 5.5 de la Ley 35/1988, que garantizaba el anonimato del donante de gametos: «Conviene no olvidar, como base de partida,

Derecho de familia ha pasado de la consideración prioritaria de la familia y su interés a la prevalencia del interés individual.

Podríamos jugar con la casuística casi hasta el infinito para hacer más evidente aún lo que ya parece bien claro: para el sistema jurídico de hoy, ya no hay regulación de «la» familia, sino de variadas relaciones entre individuos, y fundamentalmente dos: relaciones de convivencia, bajo ciertas condiciones<sup>(13)</sup>, y relaciones paterno-filiales. Y todas esas relaciones adquieren estatuto jurídico no para hacer homenaje a ninguna célula básica o institución social, moral o religiosa, sino para regular relaciones económicas y prestaciones de tal tipo. No hay más.

Hemos repasado dos hitos decisivos que llevan, respectivamente, a que la mujer sea dueña de su sexualidad al serlo de su fertilidad<sup>(14)</sup>, y a que el hombre en primer lugar, pero también la mujer y los hijos, adquieran el control sobre la imputación jurídica de paternidad, a fin de que el padre biológico sea el padre en Derecho, al menos cuando uno de los que tienen la legitimación activa para las correspondientes acciones así lo quiera indefectiblemente. En ese constante ir y venir de la relación entre Derecho y biología, aquí los vemos de nuevo religarse.

Resta hacer mención de un tercer paso fundamental, esta vez de separación entre lo jurídico y lo biológico, pero siempre en la dirección de tornar inviable cualquier concepto jurídico de familia y, desde luego, en contraposición a la idea tradicional de familia<sup>(15)</sup>.

---

que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación».

(13) Las que las normas fijan para contar como matrimonio o las, más estrictas, para ser pareja de hecho o unión estable.

(14) Ese principio viene a quedar consagrado, en nuestro ordenamiento, en los apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

(15) Oigamos por extenso, como merecen, a Pablo DE LORA y Marina GASCÓN: «La permisividad también ha presidido el espíritu y la letra de la ley de 2006 [Se refieren a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida], una ley que, como aquella de 1988 a la que reemplaza, echa por tierra dos principios del derecho de familia considerados nucleares por muchos juristas: el llamado principio de verdad biológica y el principio de la indisponibilidad de estado. Además, en la medida en que se permite la inseminación artificial de mujer soltera –cosa que en muchas legislaciones se proscribió– se legitima la familia monoparental» (Pablo DE LORA y Marina GASCÓN (*Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008, p. 82). Y siguen: «Los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado son la expresión de una concepción más profunda sobre la institución familiar. Cuando se apela a la “verdad biológica” para la determinación de la relación paterno-filial o cuando se insiste en que el estado civil de hijo o padre es inmune a la voluntad de los individuos puesto que resulta de la existencia de la vinculación genética que no nos es dado alterar a discreción, se está implicando que la familia es algo más que un haz de derechos y obligaciones establecidos por un legislador en un momento histórico y en un espacio geográfico dados. Antes bien, se considera que la familia tiene en la naturaleza un espejo en el que mirarse (aunque sea de soslayo» (*ibid.*, p. 83). «Una vez se han asumido los principios de verdad biológica e indisponibilidad de estado que hemos comentado, se sigue, como una consecuencia lógica, la censura a ciertos mecanismos previstos en la Ley española de Reproducción Humana Asistida. Por ejemplo, que la pareja o marido que “consiente” que su mujer se insemine con el esperma de un tercero se convierta en padre: basta para ello, según la normativa, con declarar ese consentimiento de manera expresa y con carácter previo a la aplicación de la técnica. Pero, ¿cómo puede ser el título de la paternidad –se pregunta un conspicuo jurista [se refieren a Fernando Pantaleón y a su artículo “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del*

Los avances científicos cruciales son esta vez los que tienen que ver con las técnicas de fecundación. Porque resultan ahora varias novedades muy sustanciosas, como las siguientes:

(1) Una mujer puede, si lo desea, ser fecundada con semen de donante anónimo. Si antes vimos cómo la cópula sexual se desataba, para la mujer, de la familia y cómo era dueña la mujer de la decisión sobre con qué hombre concebir –o no– un hijo, ahora lo que se desvincula es concepción y cópula: ya no hace falta yacer con varón para ser madre biológica.

(2) Una mujer puede, si lo desea, ser fecundada con semen de su marido, para el caso, por ejemplo, de que no pueda prosperar la reproducción conjunta si no es mediante implantación en el útero de ella del embrión. Más aún, la mujer puede ser fecundada con semen conservado de su marido –o su pareja no matrimonial– muerto, como se ha dirimido ya en más de un pleito muy comentado en España.

(3) Una mujer que tiene marido puede, con el consentimiento de éste, ser fecundada con semen de donante anónimo.

(4) A una mujer se le puede implantar un embrión proveniente del gameto de su marido y de otra mujer.

(5) A una mujer casada se le puede implantar un embrión proveniente de gametos que no son ni de su marido ni de ella<sup>(16)</sup>.

(6) Maternidad «de alquiler» para un hombre: graciosamente o a cambio de prestación económica, una mujer puede prestarse a ser fecundada con el gameto de un hombre para que éste sea padre.

(7) Maternidad «de alquiler» para una pareja homosexual masculina: una mujer, graciosamente o a cambio de prestación económica, puede prestarse a ser fecundada con el gameto de alguno de los dos miembros varones de esa pareja, por un procedimiento que haga entre ellos aleatoria la proveniencia de ese gameto.

(8) Maternidad «de alquiler» o subrogada para una pareja heterosexual: una mujer acepta albergar y dar a luz un niño que proviene de un embrión resultante de unir los gametos de una pareja establecida de hombre y mujer.

(9) En una pareja homosexual femenina, una de las mujeres es fecundada con el gameto de un varón y el embrión es traspasado al útero de la otra mujer, que lo alberga y da a luz<sup>(17)</sup>.

---

*Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 15, 1993, pp. 129-160]– cuando lo que se está haciendo es precisamente reconocer que no se es “padre”? Pues lisa y llanamente porque sí se es “padre” aunque en otro sentido –en el sentido más profundo seguramente–, en un sentido muy semejante al que se da en la reivindicación de “ser padres” de quienes adoptan. Por decirlo con las propias palabras empleadas por el Tribunal Constitucional español al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley 35/1988: “No existe, por lo tanto, una obligación de correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación [...] in [...] el concepto constitucional de familia se reduce al matrimonio”» (*ibid.*, pp. 83-84).

(16) Son los que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida llama «preembriones supernumerarios». Se trata, según la propia Ley (artículo 1.2), del «embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde».

(17) Como explica PÉREZ MONGE, «en España se ha pretendido que una mujer donase el óvulo, que sería fecundado con gameto de donante, para posteriormente ser transferido a su esposa. Esta técnica, conocida como

El Derecho, hoy, tiene que decidir varias cosas en estos casos. Una, si permite o no esas prácticas reproductivas. Otra, a quién atribuye en cada caso la paternidad y/o la maternidad<sup>(18)</sup>. Y esas decisiones convendrá que se tomen según un modelo coherente,

recepción de ovocitos de la pareja (ROPA) no estaba prevista expresamente por la ley. No obstante, de acuerdo con lo previsto en la Ley se pidió autorización a la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, argumentando que si un varón podía donar gameto masculino a su cónyuge, por la misma razón debería autorizarse en el supuesto de dos mujeres casadas entre sí, para evitar la discriminación por razón de sexo en un intento de equiparar los derechos de las parejas heterosexuales con las homosexuales. Se concedió tal autorización y nació por primera vez en España una niña con dos madres el pasado 9 de agosto de 2009» (PÉREZ MONGE, Marina, *op. cit.*, p. 63).

Damos aquí con un magnífico ejemplo de esa obsesión antidiscriminatoria que da pie a todo tipo de comparaciones, agravios y resoluciones «igualadoras». Antes veíamos que la Dirección General de Registros y del Notariado, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, aceptaba la inscripción a nombre de los dos padres –se trataba de una pareja homosexual masculina– que habían tenido un hijo mediante madre subrogada en Los Ángeles y acogándose a la legislación que allí lo permite, y que daba como uno de los argumentos decisivos el de que el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida permite inscribir la filiación para dos mujeres y habría discriminación si no se permitiera a dos varones. El mismo año, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida aduce que habrá discriminación si no se tolera la inscripción de la maternidad de las dos mujeres en aquel caso en que el embrión ha sido transplantado de una a otra, puesto que sí admite la ley la inscripción registral de padre y madre cuando un varón donaba su gameto masculino a su cónyuge. Es decir, que existiría discriminación si la ley permite con todos los efectos que un varón done a una mujer su gameto, pero que no una mujer done a la otra el embrión que ha concebido. Tal vez es todo muy traído por los pelos, pero lo importante, sabemos, es que nadie se sienta discriminado a la hora de reproducirse como más le plazca. Tampoco dejemos de ver lo que dice ese artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida que antes se mencionaba como término de comparación para que no hubiera indebido trato desigual de los varones que buscaban madre subrogada para «su» hijo: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». Al respecto, véase J.J. INIESTA DELGADO, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», cit., pp. 800 y ss. Según algunas interpretaciones, esta norma puede dar lugar a que jurídicamente quepa decir que un hijo tiene tres padres, es decir, un padre y dos madres: «Ante la ausencia de una previsión legal que determine la incompatibilidad no puede afirmarse que esta segunda maternidad excluya la paternidad como, obviamente, tampoco excluye la primera maternidad. No habrá paternidad si la mujer acudió a una fecundación con semen de donante, puesto que lo impediría la prohibición del artículo 8.3 LTRH. Pero si es posible localizar al hombre progenitor (por ejemplo cuando la madre acudió a un donante encubierto o falsa pareja) podría, sin lugar a dudas, determinarse la paternidad de éste por vía extrajudicial o por vía judicial aunque la madre esté casada con otra mujer. La Ley no dice que la segunda maternidad excluya una paternidad y, a falta de precisión al respecto, no se puede concluir que paternidad y segunda maternidad sean incompatibles. La regla, pues, de que no se puede determinar una filiación mientras esté determinada la contradictoria (artículo 113.II CC) no es aplicable aquí. En definitiva, no puede haber incompatibilidad porque se trata de relaciones que tienen su base en fenómenos distintos: la paternidad la tiene en la participación biológica en la generación (por lo tanto es incompatible con cualquier otra pretendida participación biológica), la segunda maternidad la tiene por el matrimonio con la madre y el consentimiento prestado. Ambos hechos se pueden dar conjuntamente y salvo que se dé una incompatibilidad jurídica porque la ley excluya su presencia simultánea, no hay problema en admitir que se puedan dar juntos» (J.J. INIESTA DELGADO, «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», cit., pp. 803-804).

(18) Como muy acertadamente comentan Pablo DE LORA y Marina GASCÓN (*Bioética. Principios, desafíos, debates*, cit., p. 84), «precisamente con el avance del conocimiento científico y de las técnicas genéticas y de reproducción humana asistida, se ha hecho obsoleta la propia idea de “verdad biológica”. Sencillamente porque, cuando nos referimos a la maternidad, no hay una única verdad biológica que sirva para asentar la relación materno-filial. Frente al viejo aforismo del derecho romano *–mater semper certa est–*, hoy se puede afirmar que la condición de madre no siempre es cierta si tenemos en cuenta la posibilidad de gestar un embrión ajeno, es decir, el resultado de la fecundación del óvulo de otra mujer que no es la que lleva a término el embarazo». En palabras de M.J. VAQUERO PINTO («La filiación matrimonial», cit., p. 155), «parece difícil decidir la imputación de la maternidad cuando pueden contribuir dos o tres mujeres al nacimiento de un hijo: la que decide que nazca el hijo, la que pone el óvulo (que puede ser la misma) y la que gesta y alumbró al hijo. Aunque nuestro

que evite incongruencias como la que hace un rato señalábamos. Pero, ¿un modelo de qué? Desde luego, ya no tendrá ningún sentido sostener que habrá de ser según un modelo de familia, pues en todas esas situaciones no hay un sólo nexo común, un mínimo denominador con el que se pudiera detectar la presencia de alguna forma común de familia. Y, además, si se pretende mantener desde el Derecho los esquemas tradicionales de la familia y del Derecho de familia, habría que prohibir casi todas de esas nueve prácticas, lo cual se va a considerar hoy en día ofensivo para varios y muy sustanciosos derechos fundamentales. Así que no serán ya estructuras familiares lo que el legislador tendrá que tomar en cuenta, sino políticas reproductivas en el marco de una interacción social de corte marcadamente individualista.

(iii) El **afecto** tampoco es esencial para que haya familia, pues ésta se mantiene, a efectos del Derecho, aun cuando el afecto haya desaparecido o, incluso, propiamente no haya existido nunca. Al respecto, es curioso que para la consideración de las parejas de hecho como familias en sentido jurídico se requiera un elemento de afecto que no se pide propiamente para el matrimonio, ya que en puridad no se exige que los miembros de la pareja matrimonial se quieran, sino sólo cosas tales como que «*Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*» (artículo 67 Código Civil), «*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*» (artículo 68 Código Civil), «*Los cónyuges son iguales en derechos y deberes*» (artículo 66 Código Civil).

En ninguna parte se dispone que los cónyuges deban amarse o guardarse cualquier forma de afecto<sup>(19)</sup>. Tampoco la unión sexual es constitutiva, especialmente si sobre el particular no ha habido error que pueda ser invocado como causa de nulidad a tenor del artículo 73.4 CC. En cambio, las leyes autonómicas sobre parejas de hecho suelen requerir esos elementos de afecto y de intercambio sexual de algún género. Por ejemplo, el artículo 2.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco, establece que «*A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren **ligadas por una relación afectivo-sexual**, sean del mismo o distinto sexo*» (el subrayado es nuestro).

En Aragón, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, en su artículo 1 prevé que se aplicará a «Las personas mayores de edad que, cumpliendo

---

ordenamiento entiende que en estos casos maternidad equivale a parto (artículo 10.2 LTRH), prescindiendo del elemento genético y del voluntarista, se trata de una opción del legislador que puede ser considerada simplista».

(19) «No se pregunta a los contrayentes por el amor que sienten recíprocamente, pero no se trata de un olvido, sino de una omisión deliberada. Nuestro Derecho Civil no exige que se declare públicamente la existencia de un afecto amoroso para entrar en el matrimonio y tampoco se requiere una manifestación pública de desafecto para salir de él» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», en YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, *Derecho de familia y Derecho de la familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 644-645).

los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal», pero ya sabemos que el afecto no es requisito ineludible o constitutivo de la relación jurídica conyugal. También la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, se refiere a «la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal»<sup>(20)</sup>.

De «relación de afectividad» como requisito para que una pareja tenga el estatuto jurídico de pareja de hecho o pareja estable no casada, hablan la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 5/2003, de 6 de marzo (artículo 1), la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (artículo 1) y la valenciana Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho (artículo 1.1).

El artículo 234-1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, se refiere a «comunidad de vida análoga a la matrimonial» y establece ciertos requisitos materiales o formales para obtener la consideración jurídica de «pareja estable». No se alude, pues, al afecto como elemento definitorio.

La disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, dice que «A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges». Y añade que «Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia». Por tanto, tampoco aquí el afecto es condición. Lo interesantísimo de esta Ley gallega es que, a tenor de esa disposición que acabamos de transcribir, cuando habla de matrimonio se refiere como tal tanto a lo que lo es como a lo que no lo es pero tiene sus mismos efectos, exactamente iguales<sup>(21)</sup>. Así que podríamos decir, en otras palabras, que en Galicia hay dos tipos de matrimonios, los que lo son y los que no lo son, pero que uno y otro lo son por igual.

---

(20) De relación de afectividad análoga a la conyugal hablan igualmente, al regular las parejas de hecho, en Baleares la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (artículo 1.1); la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (artículo 4.2); el Decreto 124/2000, de 11 de julio de 2000, por el que en Castilla-La Mancha se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento (artículo 2); la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (artículo 2.1); la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (artículo 2.1), en Navarra; y, en Andalucía, la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (artículo 3.1).

(21) Por ejemplo, se aplicará a las parejas de hecho que reúnan esos requisitos de la disposición adicional tercera lo dispuesto para el régimen económico matrimonial en el artículo 171: «El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales». Por tanto, en defecto de acuerdo en otro sentido, en capitulaciones, el régimen económico de las parejas de hecho será el de la sociedad de gananciales. Por este asunto hay planteada una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Para aquellos casos, la mayoría, en que la legislación incluye el afecto como característica de las parejas de hecho o uniones estables no casadas, podemos preguntarnos qué pasa si ese afecto no aparece o si desaparece. La respuesta es que no pasa nada, igual que ocurre en el matrimonio de toda la vida. Si esa nota de afecto se inserta en las definiciones es con ánimo puramente retórico, a fin de mostrar que aunque se pueda ser jurídicamente pareja, y, por extensión, familia, con pocos o sin requisitos formales y con una gran variedad de situaciones materiales (por ejemplo, siendo los miembros del mismo o de distinto sexo), un dato sustancial y nuclear se mantiene, cual es el de la relación afectiva. Pero es pura ficción, ya que en términos jurídicos la falta de afecto, por sí y mientras no se traduzca en hechos, no tiene ninguna relevancia; y cuando esos hechos aparecen (por ejemplo el cese de la convivencia), el efecto lo surten como tales y no por revelar la cesación del elemento afectivo. Así, si una de tales parejas deja de convivir, pierde esa condición jurídica, aunque sus integrantes se sigan queriendo igual o, incluso, mucho más que cuando estaban juntos, y aunque sigan organizando apasionados encuentros con sexo y mimos.

iv) La **convivencia**. Tampoco se requiere para la subsistencia de la familia. No se requiere para que tenga efectos jurídicos el vínculo paterno-filial y tampoco se exige para que subsista el matrimonio. No deja de haber matrimonio por el hecho de que los cónyuges no compartan cama ni cariño, como se ha visto en el punto anterior, pero ni siquiera porque no compartan casa. La separación de hecho carece, por sí, de efectos jurídicos. La única separación con efectos jurídicos es la separación jurídica. Y, llegado el caso, no es difícil, incluso, imaginar un supuesto de separación jurídica de un matrimonio, y hasta de divorcio, que se combina con el hecho de que los que antes eran cónyuges sigan ahora viviendo bajo el mismo techo, repartiendo los gastos de la casa y hasta dándose al sexo conjunto con más fruición que nunca. Pongamos que se divorciaron porque pasaron una crisis, y luego no tuvieron ganas de volver a casarse, aunque la ley se lo permita, pese a que se reencontraron y se reconciliaron; o que se divorciaron nada más que porque cambiaron de ideología y se convirtieron en enemigos acérrimos de la institución matrimonial, pese a seguir amándose y gozándose como antes o más. Incluso es imaginable un matrimonio legalmente separado que esté más junto y unido que antes de separarse; que, por ejemplo, sus miembros cuando no estaban legalmente separados vivieran separados y que ahora, legalmente separados, vivan juntos. No hay impedimento jurídico para nada de eso, al menos mientras no se acredite algún elemento de abuso de Derecho o de fraude de ley. Pero para que tales se den deberá concurrir algún dato adicional a los que acabo de decir; porque sólo con lo dicho y, en consecuencia, sin defraudar ni a terceros ni al Estado ni a nadie, no existiría problema legal ninguno.

Nuevamente la paradoja viene de la mano de la regulación de las parejas de hecho para que sean parejas de Derecho. Prácticamente todas las vigentes normas autonómicas exigen la convivencia estable y bajo el mismo techo<sup>(22)</sup> para que la pareja en cuestión pueda alcanzar ese estatuto legal de *pareja de hecho jurídica*. Con lo que nos topamos

---

(22) Al respecto, véase, por ejemplo, M.P. GARCÍA RUBIO, «Las uniones de hecho», en: G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Derecho de familia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 1500.

con la siguiente conclusión más que sorprendente: son más estrictos los requisitos –o al menos algunos requisitos– para ser pareja de hecho reconocida por el Derecho que para ser matrimonio del de toda la vida.

### 2. El Derecho ya no defiende la institución y hace de papel sus deberes

El estatuto normativo de los preceptos del Código Civil referidos a «Los derechos y deberes de los cónyuges» es revelador respecto de cómo el Derecho ya no ampara una institución, la familia, que tenga, como tal, perfiles definidos, características estructurales precisas y que, sobre todo, posea un valor de algún tipo (social, moral, religioso, económico...) que la haga acreedora de protección como bien en sí, a fin de salvaguardar tales perfiles y, con ello, la función esencial en cuestión. Venimos sosteniendo que lo que el Derecho ve en la familia es nada más que un conjunto de muy heterogéneas posiciones personales individuales que o bien protege, como derecho, o bien vincula con obligaciones para con otros sujetos individuales, nunca para la familia como tal. Y, sobre todo, la tendencia es a que dichos derechos y deberes tengan una dimensión directamente económica o sean fácilmente traducibles a términos económicos. Lo otro, lo que no tenga esa faz dineraria, se considera perteneciente a la vida privada, a la conciencia íntima y al libre desarrollo de la personalidad de cada cual, de manera que no se pueden limitar tales derechos individuales (libre desarrollo de la personalidad, intimidad, libertad de conciencia...) por mor de la protección de la institución familiar en sí o como institución con valor propio y signos estructurales definidos.

El estatuto normativo de aquel mentado capítulo del Código Civil que alude a derechos y deberes de los cónyuges se ha vuelto básicamente ocioso, porque de tales derechos y deberes no quedan más, como decimos, que los económicos y prestacionales con valor económico. Los otros carecen de consecuencias jurídicas, son, todo lo más, recordatorios morales o de buenas costumbres o resabios de la manera antigua de concebir la institución familiar y matrimonial.

Así, cuando el artículo 67 Código Civil dice que «Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia», o el 68 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». La gran pregunta para la cuestión que en este momento estamos planteando es: ¿y qué pasa si no viven juntos, si no se guardan fidelidad –se supone que estamos hablando aquí de fidelidad sexual, pues las de otro tipo parece que nunca se han tomado en cuenta como deberes conyugales– o no se socorren o ayudan mutuamente o si cada uno va a lo suyo en lugar de actuar en interés de la familia?

No pasa nada<sup>(23)</sup>, salvo en los casos patológicos en que, (por ejemplo, la falta de respeto se traduzca en excesos que constituyan delito o falta, Código Penal en mano.

---

(23) Como bien apunta RAGEL SÁNCHEZ, en el caso de las obligaciones matrimoniales no evaluables económicamente (económicamente evaluable es, por ejemplo, la obligación de alimentos), se hace raro pensar en una posibilidad de exigencia judicial del cumplimiento. «La posibilidad de reclamar judicialmente el cum-

En tal sentido, el cambio decisivo ha venido con la supresión de todo requisito de culpabilidad para que pueda instarse la separación (artículo 81 del Código Civil) o el divorcio (artículo 86 del Código Civil). Por malo que sea mi cónyuge, por mucho que me sea infiel, insolidario, egoísta y poco respetuoso y aunque no me ayude nada en mis cosas y se desentienda por completo de las comunes, si yo sigo adelante con nuestro matrimonio, nada de éste se conmueve, en nada pierde su condición jurídica plena; y, si me canso y quiero divorciarme, para nada necesito probar, ni alegar siquiera, que me desatiende, me humilla y me es infiel, pues me basta con decir que quiero divorciarme y debe mi demanda ser atendida por el juez (artículo 89 del Código Civil). El Derecho ya no quiere saber nada de lo que pasa de puertas adentro en un matrimonio y que no sea delictivo, ya que mientras alguno de los miembros de la pareja no proteste y diga que lo deja, el matrimonio lo es plenamente y a todos los efectos; y cuando ése decide divorciarse, el Derecho tampoco quiere escuchar excusas ni razones, le dan igual los motivos y tanto vale que yo quiera divorciarme porque mi mujer no colabora en las tareas domésticas como porque he dado con otra que ahora me apetece más para compartir techo y tálamo.

Dicho de otra manera, la infidelidad, el egoísmo o cualquier cualidad de uno de los cónyuges que el otro considere negativa o que para el Derecho de antes y el Código Civil de otro tiempo fueran contra la esencia del matrimonio o sus deberes constitutivos podrán contar ahora, si acaso, como móviles subjetivos para que el otro cónyuge quiera tomar las de Villadiego, pero jurídicamente son irrelevantes. Y lo son porque ya no existe para el Derecho lo que podríamos llamar un modelo sustancial de matrimonio<sup>(24)</sup>, sino solamente un modelo formal o meramente institucional<sup>(25)</sup>.

---

plimiento es prácticamente nula cuando se incumplen los deberes espirituales de ayuda y de socorro. Si uno de los cónyuges se desentende sistemáticamente de los problemas que aquejan a su pareja, no hay forma jurídica de obligarle a cumplir *in natura* con esa obligación, ni cabe tampoco traducir esa prestación en el cumplimiento por equivalente pecuniario» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», p. 659).

(24) «Durante un largo periodo histórico, la idea dominante ha consistido en considerar que el matrimonio no es una creación técnica del Derecho, sino una institución natural anterior a la existencia misma del Ordenamiento jurídico, que tiene también unos fines naturales: la procreación y educación de la prole y el amor conyugal, realidad reconocida y regulada posteriormente por el Derecho. Ésta es la concepción que se mantiene todavía en el Derecho canónico» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», cit., p. 649).

(25) Pero buena parte de la doctrina sigue aferrada a los viejos moldes como un náufrago a un madero. Por ejemplo, Andrea MACÍA MORILLO, en un muy bien documentado estudio, después de aludir al escaso significado jurídico del deber de fidelidad matrimonial (o a las nulas o escasísimas consecuencias en Derecho de la infidelidad), escribe que «A fin de cuentas, la comunidad de vida que pretenden constituir los cónyuges por medio del matrimonio y que mantienen durante el mismo por su voluntad se diferencia de cualquier otra que puedan mantener dos sujetos –por parentesco o por amistad, precisamente, por el carácter afectivo y, en general, sexual de la convivencia» (A. MACÍA MORILLO, «Los efectos personales del matrimonio», en: G. Díez-PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Derecho de familia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 513). Nada de «a fin de cuentas». Dos amigos pueden convivir con una relación afectiva y sexual en la que el afecto y el sexo sean más y mejores que en buen número de matrimonios. Por tanto, el afecto y el sexo no son constitutivos del matrimonio, y más cuando el matrimonio vale plenamente sin lo uno y sin lo otro y mientras no se disuelva por divorcio o muerte. Si ponemos la sustancia de lo matrimonial en el afecto y el intercambio sexual, la gran pregunta es por qué no se considera jurídicamente matrimonio la relación de esos dos amigos. Pues sabemos que ni siquiera serán considerados pareja de hecho «jurídica», a efectos de imputación de los efectos del matrimonio, sin determinados actos formales (inscripción en un registro, documento notarial, empadronamiento en el mismo domicilio...) o cuando concurra un cierto estatuto jurídico (matrimonio no disuelto de uno de ellos o los dos). La incongruencia

Llamo modelo sustancial a aquel a tenor del que el matrimonio se defina por dos rasgos combinados: una función esencial, o varias, y un modo básico de relacionarse los cónyuges<sup>(26)</sup>. La función principal, o una de las principales, fue tradicionalmente la reproductiva<sup>(27)</sup>, y un modo esencial de relacionarse era la fidelidad, sobre todo como exigencia para la mujer<sup>(28)</sup>. Ya no es, hoy, que el derecho consagre como matrimonio cierta forma de relacionarse social e históricamente establecida y caracterizada por esas funciones y unos modos de comportamiento, *respaldando coactivamente lo uno y lo otro*, sino que es el propio sistema jurídico el que determina qué sea matrimonio, y lo hace por dos razones o móviles combinados: por el valor simbólico que la institución matrimonial aún posee, aunque sólo sea para los que hasta ahora no podían o no pueden acceder a ella y que se sienten por eso discriminados y con ganas de casarse, y, sobre todo, a efectos de imputar a ciertos individuos determinados deberes económicos y prestacionales.

Es más, ese proceso ha conducido igualmente a que los mismos efectos, tanto los simbólicos como los económicos, se invoquen y en muchos casos se apliquen con pleno respaldo del sistema jurídico a las parejas no matrimoniales, a las llamadas uniones de hecho. De nuevo jugó el argumento de la discriminación, unido a la invocación del libre desarrollo de la personalidad. Si en el caso de los que no podían casarse (paradigmáticamente, los homosexuales) se alegaba que estaban discriminados frente a los que sí podían (los heterosexuales), ahora lo que se aduce es que si yo, por mis personales razones y mi manera de querer el desarrollo libre de mi personalidad, aun pudiendo casarme no quiero, padezco discriminación porque las ventajas simbólicas, en su caso, y, sobre todo, económicas a las que sería acreedor como cónyuge o ex cónyuge no se me aplican. En la medida en que el Derecho ha entrado también por esta última senda de asimilación al matrimonio de las uniones no matrimoniales, resulta que siguen sin ser definitorios aquellos elementos funcionales y comportamentales, pero, además, ya tampoco lo son los formales o meramente institucionales.

El matrimonio se distingue por sus efectos cada vez menos de las uniones que no son matrimoniales, se forma un núcleo de efectos comunes y se plantea de inmediato, y como inevitable consecuencia, la urgencia de reformular y/o resustancializar esas uniones, a fin de delimitar cuáles generan esos efectos que antes eran sólo del matrimonio, y cuáles no. Porque, sin esa reformulación y/o resustancialización, sería imposible saber, de entre la infinita amalgama de relaciones que en sociedad pueden establecerse entre dos o más personas –hermanos, amigos, compañeros de piso, empleador y

---

de fondo, y hasta la discriminación posible para los amigos de nuestro ejemplo, sólo podría salvarse por dos vías: o dejando de atribuir al matrimonio (en su modalidad estándar o en su modalidad de pareja de hecho «jurídica») efectos específicos (como pensión compensatoria, obligación de alimentos entre cónyuges, pensión de viudedad) o generalizando dichos efectos a cualquier unión afectiva y sexual.

(26) En este punto no hay que olvidar que el modelo tradicional de matrimonio y de familia, del que estaban impregnados los Códigos Civiles, era el modelo patriarcal. *Cfr.* A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», en: M. YZQUIERDO TOLSADA, M. CUENA CASAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 683 y ss.

(27) Y lo sigue siendo para el matrimonio canónico.

(28) No echemos en saco roto que en nuestro propio país y en pleno siglo XX, bajo el franquismo, existía el delito de adulterio, pero únicamente para la mujer casada, no para el marido adúltero.

empleado, amantes ocasionales, cliente y prostituto/a, etc., etc., etc.– cuáles cuentan como desencadenadores de obligaciones tales como la de pensión compensatoria o de derechos como el de percepción de pensión de viudedad, entre otros muchos ejemplos posibles, y cuáles no.

En tal sentido, las uniones estables o parejas de hecho se reformatizan, como cuasimatrmonios y para que puedan desplegar esos efectos, mediante requisitos como, entre otros<sup>(29)</sup>, el de la inscripción en registros públicos o el de la formalización de la relación o sociedad convivencial en documento notarial. Mientras que se resustancializan cuando la mayor parte de las normas reguladoras del estatuto jurídico de este tipo de parejas requiere o les imputa como condición definitoria una relación afectiva «análoga a la matrimonial».

Y resulta una espectacular paradoja, como es que los requisitos tanto formales, a veces, como los sustanciales pueden terminar por ser para la pareja de hecho más o más intensos que los del matrimonio mismo. Pensemos que para ningún efecto del matrimonio se pide el empadronamiento idéntico de la pareja, bastando la inscripción en el Registro Civil, cosa que sí se requiere, por ejemplo, para que en algunos casos el miembro superviviente de una pareja de hecho pueda percibir pensión de viudedad<sup>(30)</sup>. Y, si vamos a los atributos de la relación que hemos denominado sustanciales o comportamentales, tenemos que a veces el derecho de la pareja de hecho a tener los derechos mismos del matrimonio se vincula a que esa pareja tenga hijos en común o a que se den esas relaciones afectivas que en el matrimonio no se exigen, pues en ninguna parte del Código Civil se dice que los cónyuges tengan que amarse y sea este requisito de ningún género para la validez de la institución matrimonial. Esto es, mientras que el matrimonio de conveniencia es perfectamente admisible, salvo que se pueda probar alguna causa de nulidad, como error en el consentimiento, la pareja de hecho por conveniencia y con poco amor parece que queda por definición excluida, aunque bien sabemos que todo ello es una gigantesca ficción y que con lo uno y con lo otro, con el matrimonio propiamente dicho y con las relaciones a él asimiladas, lo único que en esta época se pretende es que los particulares echen una mano a la Seguridad Social y a los servicios públicos asistenciales en general. ¿Cómo? Pagando a otros particulares con los que al Estado le conviene decir, por tanto, que hay o hubo familia. Visto así, es el Estado también el que sale ganando al hacer que la pareja de hecho igualmente lo sea de Derecho a efectos de pensión compensatoria o que el hijo meramente biológico nacido de concepción «estándar» sea un hijo más, como cualquier otro<sup>(31)</sup> y al que no se puede renunciar.

Es tentador pararse un momento más en el tema de las parejas de hecho «matrimoniales». Hemos quedado en que la asimilación de efectos con el matrimonio es casi plena, para evitar discriminaciones entre las parejas que deciden casarse y los que no. También estamos al cabo de la calle en cuanto a que al matrimonio ya apenas se anudan más efectos jurídicos reales que los económicos. Pero en tanto que surjan para las partes obligaciones del matrimonio formal o propiamente dicho y esas obligaciones

(29) Como el de empadronamiento en la misma dirección.

(30) *Vid.* artículo 174 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS).

(31) A esto no pretendo objetar.

tengan ese cariz económico, habrá que extenderlas a las parejas de hecho jurídicas o «matrimoniales». ¿Por qué? Precisamente para evitar la discriminación, pero en este caso de los casados. Pues si yo, por estar casado, adquiero obligaciones (por ejemplo, de alimentos, de pago de pensión compensatoria...) de las que estoy dispensado si con mi pareja no me caso, resulto discriminado frente a quien, no habiéndose casado, tiene mis mismos derechos en lo que le conviene (por ejemplo, adquiere derecho a pensión de viudedad), pero se libra de mis obligaciones más onerosas.

Respecto de esa desustancialización del matrimonio, y volviendo atrás, es oportuno recordar también que la *impotentia coeundi* ya no resulta, por sí, causa de nulidad del matrimonio civil<sup>(32)</sup>. Desde el momento en que, cumplidas las exiguas condiciones para su celebración<sup>(33)</sup> (consentimiento, edad, falta de vínculo matrimonial en vigor, y ausencia de parentesco en cierto grado y que el que se casa no haya matado dolosamente al cónyuge anterior del otro contrayente), se contraiga el matrimonio de alguna de las formas prescritas (artículos 49 y ss. del Código Civil), poco importa que haya amor y sexo o que falten las dos cosas o se extingan poco a poco, pues no tiene ya el matrimonio ningún objetivo material que satisfacer<sup>(34)</sup>.

Parémonos un instante en una consecuencia sorprendente que se liga a lo que acabamos de explicar, si en todo ello estamos en lo cierto. Si la ecuación entre matrimonio y sexo ya no es en modo alguno constitutiva<sup>(35)</sup>, si el matrimonio puede nacer válidamente

---

(32) Sí es impedimento dirimente del matrimonio canónico, a tenor del canon 1084 del Código de Derecho Canónico. En el Código Civil ha desaparecido la referencia que antes hacía el artículo 83.3, según el cual no podían contraer matrimonio los que adolecieran de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación, con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable. La doctrina discute si el error de uno de los cónyuges sobre esta condición del otro encaja dentro de la causa de nulidad que el artículo 73.4 describe como «[E]rro[r] en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento». Lo que parece claro es que si dos se casan sabiendo perfectamente de la impotencia, esterilidad o cualquier otro defecto o incapacidad sexual, el matrimonio vale y como tal «funciona» para nuestro sistema jurídico. Esta licencia para que válidamente puedan casarse los impotentes, y no digamos los transexuales y homosexuales, da pie a José Ramón POLO SABAU a afirmar que «los síntomas de la extinción de esa vertiente procreativa admiten poca discusión, siendo la eliminación del impedimento de impotencia su manifestación más palmaria» (J. R. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*, Cizur Menor –Navarra–, Civitas, 2006, p. 83). Lo malo, para ese autor, es que «sin esa dimensión generativa, el matrimonio no dejaría de ser un pacto entre particulares sin una especial trascendencia al ámbito de la comunidad política. En poco o nada se diferenciaría el pacto conyugal de cualquier otra relación interpersonal de base contractual o asociativa, protegida por el ordenamiento en tanto que manifestación de la libertad y autonomía individuales, pero no por ello merecedora de un tratamiento privilegiado o más beneficioso» (*ibid.*). Y a nosotros nos parece que así es, sólo que no lo lamentamos, mientras que el referido autor sí opina que nos aboca al desastre de la pérdida de «garantía del relevo generacional» (*ibid.*, p. 84), por lo que insiste en mantener el matrimonio, con sus signos tradicionales, como garantía institucional, por imperativo de la Constitución. Todavía hay quien piensa, al parecer, que sólo cabe la reproducción dentro del matrimonio y que la gente que no se case no tendrá hijos de ninguna manera.

(33) Artículos 44 a 48 del Código Civil.

(34) En cambio, el canon 1096 del Código de Derecho Canónico dice un tanto chistosamente, que «Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual».

(35) Es evidente que estamos hablando del matrimonio civil, pues qué duda cabe de que la Iglesia sí vincula matrimonio y sexo, y además no sexo de cualquier manera, sino sexo consumado ortodoxamente. Por eso, además

y no se vuelve anulable por falta de cualquier tipo de práctica sexual, incluido el coito entre hombre y mujer, y si tampoco es condición la aptitud o actitud de ninguno de los cónyuges para engendrar hijos, ¿qué obstáculo resta para cuestionar el matrimonio homosexual, y máxime cuando en una pareja de dos hombres o dos mujeres sí pueden existir formas de comunión sexual?

Es momento para corregir una expresión que anteriormente empleamos, a sabiendas, de un modo impropio o no totalmente pertinente. Decíamos unos párrafos más atrás que los homosexuales habían estado discriminados porque no podían casarse. No es exactamente así. Sí podían, y seguro que muchísimos se casaron, la mayoría. Lo que no podían era casarse unos con otros. Pero ¿unos con otros? ¿Dónde se dispone que el llamado matrimonio homosexual deba ser *homosexual*? En ninguna parte, como en ninguna parte se obliga a que el matrimonio heterosexual tuviera que ser *heterosexual*<sup>(36)</sup>. Igual que podían y pueden casarse dos personas de distinto sexo, hombre y mujer, aunque uno o los dos no sean dados a o rechacen la práctica sexual heterosexual, puede ocurrir que dos hombres o dos mujeres se casen y resulte que uno es heterosexual o lo son los dos. Si cada uno sabe lo que hay y a lo que va, nada se opone a la validez de esos matrimonios. Yo puedo casarme con mi amigo Pepe porque me cae bien, porque me gusta su casa y para repartir gastos y conversar apaciblemente después de las cenas, pero ambos estamos absolutamente de acuerdo en que no compartimos ni lecho ni mimos y en que cada uno sigue con su respectiva(s) amante(s) de toda la vida, más lo que haya de nuevo. Nada obsta legalmente para tal matrimonio, pues a ninguno nos obliga el Derecho a explicar por qué ni para qué contraemos matrimonio, igual que, cuando nos cansemos o deje de convenirnos estar juntos se nos permite separarnos o divorciarnos sin encomendarnos a Dios ni al diablo.

Porque no se nos puede olvidar que lo que el Código Civil ha hecho, con la reforma introducida por la Ley 13/2005, es añadirle al artículo 44 del Código Civil este párrafo: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»; y, además, cambiar la expresiones «el marido y la mujer» y similares por la expresión «los cónyuges» allí donde la anterior significara o indujera a pensar que sólo hombre y mujer pueden componer matrimonio entre sí. Y también se sienta en la disposición adicional primera que «Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes». Así que ya vemos, lo que estrictamente se dice es que el matrimonio entre personas del mismo sexo vale con las mismas condiciones y los mismos efectos que el que se celebre entre hombre y mujer y entre tales condiciones y efectos no está, repito, que haya que practicar sexo o practicarlo de determinada manera.

---

de lo ya expuesto en alguna nota anterior, el matrimonio rato y no consumado «entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga» (Código de Derecho Canónico, canon 1142).

(36) Prescindiendo de que sí, por ejemplo, un hombre se casa con un hombre creyendo que éste no es dado a la práctica heterosexual, sino a la homosexual, y luego resulta que lo que más le gusta en el mundo es acostarse con damas, puede haber, quizá, aquel error en las condiciones personales del contrayente que sea causa de nulidad del consentimiento. Pero lo mismo en cualquier otro caso y en cualquiera otra de las combinaciones en las que un contrayente pensaba que el otro era de una manera y luego resultó que era de otra. Por cierto, ¿y si uno cree que su cónyuge es homo o hetero y luego resulta que es bisexual? Ah, qué incierto y misterioso es el Derecho.

Simplemente, si a uno de los esposos le parece que el que hay es poco o es malo y que por ello no le compensa seguir adelante con el trato, insta la separación o el divorcio, que son estrictamente libres, y sanseacabó. Como si fuera una unión libre, o casi.

Con todo, el legislador actual es, en lo hondo, consciente de que pisa arenas movedizas en las que tal vez acabe regulando los efectos de una institución que no se sabe ni lo que es ni cuándo surge. Seguramente está ahí la razón para que se empeñen los padres de la patria que hacen las normas matrimoniales y afines en fingir que, al menos, afecto habrá de existir y que algo es algo y ya sabemos a qué atenernos, pues habrá afectos sin matrimonio, pero, al menos, nadie querrá casarse si no hay afecto. Cosa que cualquiera que camine a la dudosa luz del día sabe que ha sido y es rigurosamente falsa, amén de que a ver cómo definimos ese afecto matrimonial para diferenciarlo de los que ligan a padres e hijos, a hermanos, a amigos o a amantes sin ganas de compartir casa ni de aparecer ayudados ante el Derecho ni los vecinos, y a ver cómo lo diferenciamos también de la simple *afectio libidinosa*.

Esta obsesión con el afecto se ve de nuevo en la referida *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, cuya exposición de motivos comienza en estos términos que harían las delicias de cualquier rancio iusnaturalista, si luego no viniera en la misma Ley lo que viene: «La relación y convivencia de pareja, *basada en el afecto*, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad» (el subrayado es nuestro; pero deberíamos subrayar cada palabra).

Como el orden secular y el religioso acaban complementándose, para cubrir conjuntamente toda la realidad social, sin escapatoria, y reflejándose en un juego de espejos, ese afecto que la legislación civil presume, aunque sea testimonialmente o como ficción caritativa, en la regulación canónica ni aparece, pues, sabia y experta como es la institución eclesíástica, invocarlo sería dejar al desnudo lo poco que de matrimonios basados en el amor o el afecto han tenido tantas uniones matrimoniales apañadas por razones políticas, sociales y económicas que la Iglesia ha bendecido como sacramento a lo largo de los siglos, empezando por la mayor parte de los matrimonios reales, es decir, los de miembros de las casas reales; o sea, de miembros de la realeza, vaya. De lo que habla el Código de Derecho Canónico en este punto es de «*un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole*» (canon 1055), de que «*El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*» (canon 1057.2) y de que «*Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal, a no ser que les excuse una causa legítima*» (canon 1151). En ningún lugar se dice en ese Código que el amor sea requisito previo o el desamor razón para que el vínculo se rompa. Al contrario, «*El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte*» (canon 1141) y, en cuanto a la mera separación, el no quererse, o no quererse ya, no es por sí razón bastante, hace falta también el peligro<sup>(37)</sup>.

---

(37) Canon 1153: «*1. Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse,*

Siguen las paradojas, pues. En el Derecho Civil el matrimonio cada vez se plasma más como contrato<sup>(38)</sup> puro y simple, uno más, pero se mantiene el empeño en mentar el afecto como su razón de ser o condición desencadenante; como si el afecto pintara tanto en los contratos. Por su parte, el Derecho Canónico ve en el matrimonio sacramento, nada menos –y bien está–, pero la necesidad de afecto la omite, pues hay cosas más importantes que hacer, como reproducirse aunque sea sin amor ni ganas.

Tenemos que enlazar otra vez con la cuestión en la que andábamos, la del misterioso estatuto jurídico de los deberes que para los cónyuges mencionan los artículos 67 y 68 del Código Civil. En estos tiempos nuestros, en los que la ley se utiliza con fines pedagógicos y la pedagogía se llena de legislación, y en los que las normas se hacen para que el legislador se finja moderno y a la última, no pueden ya sorprendernos estos dos efectos combinados: que el legislador hasta en el Código Civil diga cositas muy monas que parece que no tienen más efecto que el de hacerlo quedar bien ante la burguesía ociosa y televisiva, y que, a la postre, sí puedan esas disposiciones tener efectos, aunque insospechados para quien las redactó, que andaba a otras cosas y en la norma no paró más mientes después de logrado –o pretendido– el efecto puramente simbólico.

Viene lo anterior al caso del bonito fragmento añadido en 2005, con la Ley 15/2005, al artículo 68 Código Civil. Antes prescribía dicho artículo que «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Ahora, desde la mencionada reforma, se enumera un deber más, *jurídicamente* tan irrelevante como los otros tres: «Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Entiéndase, ni en esto ni en nada de lo que en este escrito vengo exponiendo se trasluce la nostalgia de anteriores modelos sociales, éticos, políticos o económicos; en modo alguno, y menos en lo que tiene que ver con el oprobioso papel que a la mujer se asignaba en la vida familiar y matrimonial. Lo único que trato de resaltar es que *en Derecho* nada cambia por el hecho de llenar las normas de llamadas a la bondad universal y a la ecuanimidad de los ciudadanos. Esa es la función de la moral social y quién sabe si hasta de la religión y otros órdenes normativos. En Derecho, es papel mojado y declaración formal de impotencia el deber que no va respaldado por sanción, aunque sea en el sentido más amplio de este término, como consecuencia tangible, negativa o positiva, que se anuda al cumplimiento o incumplimiento de tal deber. Por eso venimos diciendo que si es deber de los cónyuges el guardarse la fidelidad y, *jurídicamente*, no pasa nada si se

---

*con autorización del Ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia. 2. Al cesar la causa de la separación, se ha de restablecer siempre la convivencia conyugal, a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa».*

(38) Agudamente observa RAGEL SÁNCHEZ que «la aparentemente indiscutida tesis de que los deberes conyugales personales son imperativos lleva ineludiblemente a la consideración del matrimonio como una figura jurídica distinta del contrato» (L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», cit., p. 649). Pero, según la exposición de este autor, clara y contundente, «El matrimonio tiene todos los elementos que se dan en los contratos (consentimiento, objeto y causa) y requiere una forma solemne, como le sucede a algunas figuras contractuales. Para contraer matrimonio se exige un mutuo y libre consentimiento; la institución matrimonial origina un conjunto de derechos y de deberes de carácter jurídico civil; y la extinción y ruptura del vínculo matrimonial guarda una gran semejanza con el modo de extinguirse y de resolverse que tienen los contratos con prestaciones personalísimas, que son aquellos que se celebran precisamente en atención a las cualidades personales de los contratantes» (*ibid.*, p. 650).

dan a la más estrepitosa infidelidad, pues ninguna consecuencia *jurídica* se desprende ni de la fidelidad ni de la infidelidad, ese deber sólo nominal o aparentemente es jurídico. Otra forma de verlo es preguntándonos qué cambiaría ahora del régimen jurídico del matrimonio si del Código Civil elimináramos la mención de ese deber de fidelidad, y veríamos que no cambiaría nada. Así que la prescripción contenida en un texto legal y cuyo incumplimiento carece de toda consecuencia es una prescripción que sólo caritativamente o retóricamente podremos denominar jurídica. Yo, ante la infidelidad de mi señora y en el supuesto de que tal proceder me ofenda tremendamente, puedo gritarle que es una traidora y que, además, ha vulnerado el artículo 66 CC: «¡Antijurídica, que eres una antijurídica!». Bonito consuelo el consuelo jurídico así.

¿Será otro de esos brindis al viento ese nuevo deber «jurídico» de que los cónyuges compartan «las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo»? Pareciera que sí, pero... pero podríamos, y quizá hasta deberíamos, ligar esto con la pensión compensatoria del artículo 97 Código Civil, veamos cómo.

¿Tendría presentación decente que si yo no trabajo ni apporto bienes al matrimonio y si mi mujer es la que trae con su trabajo los dineros y, además, cumple con el mandato aquel de compartir las tareas domésticas y el cuidado de los parientes, aún me tenga que pasar a mí pensión compensatoria porque me quedo yo económicamente desequilibrado? ¿No debería ser ese cumplimiento suyo del deber de marras razón bastante para exonerarla al menos de la carga de mantenerme después del divorcio igual que me mantenía antes de él?

Pero eso no es todo. Ya que nos topamos con ese mandato de repartir tareas hogareñas y familiares y que nos andamos interrogando sobre cuánto de normas tienen esas normas y de qué tipo serán, podemos ahora plantearnos si ese deber –tomémoslo en serio un rato, en cuanto deber *jurídico*– es absoluto o rige sólo en defecto de pacto en contra o nada más que ante ciertas circunstancias. ¿Convierte en antijurídico de alguna manera un matrimonio en el que mi esposa y yo acordemos con total libertad y en pleno uso de nuestras facultades mentales que yo me ocuparé de la atención de la casa y el cuidado de la prole y los demás parientes que de nosotros puedan depender y que ella trabajará fuera de casa y traerá los ingresos de dinero? ¿Qué es lo obligatorio ahora, a tenor de ese trozo final del artículo 68 Código Civil, que los dos cónyuges trabajen tanto fuera como en casa o que, sea como sea, trabajen los dos en casa? Si yo estoy desempleado, por propia voluntad –incluso con el visto bueno de mi cónyuge– y mi mujer tiene un muy exigente horario laboral y un trabajo agotador en su empresa, ¿seguimos considerándola, en razón de ese precepto, obligada a compartir conmigo «las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes»?

### 3. ¿Y la responsabilidad civil por daño extracontractual?

Lo primero que, a lo mejor y atrevidamente, podríamos mirar es si no cabría exigir responsabilidad contractual<sup>(39)</sup> ordinaria, pues parece que del matrimonio no va quedando

---

(39) Así lo plantea RANGEL SÁNCHEZ, congruentemente con su tesis de la naturaleza puramente contractual del matrimonio. *Vid.* L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «Efectos personales del matrimonio», cit., pp. 663 y ss.

más esencia que la de ser un contrato más. En alguna ocasión el Tribunal Supremo ya ha admitido que la maquinación dolosa de uno de los contrayentes, que hace nulo el contrato matrimonial, ha de dar lugar a indemnización, también por daño moral. Así, en la STS de 26 de noviembre de 1985, los hechos eran del siguiente jaez. Doña Marina y don Ángel habían contraído matrimonio en 1971 y habían tenido un hijo en 1972. «Después de tres años de normalidad matrimonial surgieron desavenencias que condujeron a que en 4 de marzo de 1976 la esposa presentase demanda de separación contra el marido por adulterio y abandono del hogar». Entonces, don Ángel presenta «demanda de nulidad ante el Tribunal Eclesiástico el 12 de junio del mismo año 1976, en cuyo escrito, entre otras cosas, el demandante de nulidad manifiesta que como antes del matrimonio no había podido tener acceso carnal con su novia veía en dicha ceremonia la única posibilidad para obtener de Doña Marina el que ésta aceptase el yacimiento carnal (hecho tercero), que el contrato matrimonial era para él un medio de vencer la resistencia de Doña Marina y así lograr su apetencia carnal; una vez decidido a contraer matrimonio, éste se celebró, pero manifiesta que “mantendría su unión con Doña Marina mientras que la atracción física que por la misma sentía perdurase, o al menos mientras que se encontrase a gusto con ella, pero sin considerarse atado permanentemente”». El Tribunal Eclesiástico concede la nulidad del matrimonio por tal defecto del consentimiento del marido y, seguidamente, doña Marina presenta demanda por daños materiales y morales.

El Tribunal Supremo inserta la conducta del marido en el artículo 1269 Código Civil<sup>(40)</sup>. Que el hombre provocara dolosamente, con su reserva mental y su insidia, la nulidad del contrato matrimonial es razón para que deba indemnizar. Así que tengamos en cuenta que *no es el incumplimiento de deberes matrimoniales lo que aquí se ventila, sino la provocación deliberada de la nulidad del matrimonio*. Con todo, veamos cómo terminó el asunto, pues interesa observar qué peculiares consideraciones se le escapan al Tribunal sobre el valor del matrimonio para la mujer. En efecto, se dice que «en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, como consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello *sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer*, en cuanto que *para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida*. De ahí que la indemnización haya de determinarse en estos casos no sólo atendiendo a criterios puramente materiales, sino que éstos muchas veces tendrán menos importancia que los espirituales» (los subrayados son míos, JAGA). Sólo hace treinta años, pero aún se tenía muy en cuenta que la mujer busca en el matrimonio «ganancias o adquisiciones», «asistencia» material, aunque no sólo, y también sufre y debe ser compensada si se frustra su propósito adicional de «lograr una familia legítimamente constituida». Esas palabras nos sonarán antiguas y cargadas de prejuicios, pero no nos vienen mal para preguntarnos si no será ese mismo entendimiento del matrimonio y lo que con él se busca lo que un cuarto de siglo más tarde permite

(40) 1269 Código Civil: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

mantener todavía la pensión compensatoria por «desequilibrio económico en relación con la posición del otro» (artículo 97 del Código Civil).

El caso terminó con la ratificación por el TS de la condena del marido a indemnizar a la esposa frustrada con dos millones de pesetas por los daños materiales y morales irrogados.

Vayamos a la responsabilidad extracontractual. Si es posible que el daño que me reporta el incumplimiento por mi cónyuge de alguno de aquellos deberes de los artículos 67 y 68 dé pie a una reclamación aceptable en concepto de daño extracontractual –normalmente por daño moral– y concurriendo todos los requisitos de esta clase de responsabilidad, tendríamos que sí hay al menos este tipo de consecuencia jurídica por desatender los deberes matrimoniales. Ahora bien, la pregunta aquí es si se responde precisamente por atentar contra una obligación dimanante del matrimonio o si se responde por el simple hecho de causarle a alguien un daño, sin que la relación conyugal quite ni ponga. Concretando más, si el daño y la consiguiente obligación de indemnizar por él, por concurrir todos los requisitos al efecto, son independientes y al margen de que sean o no matrimonio el dañador y el dañado, en nada incidirán las normas matrimoniales para el establecimiento de esa responsabilidad.

Pues bien, a día de hoy se puede sostener que los tribunales o bien consideran que la desatención de «obligaciones» matrimoniales como la de fidelidad no pueden dar lugar a daño indemnizable, o bien, cuando conceden que hay daño moral y toca compensarlo, no es tanto por la infidelidad en sí y el «dolor<sup>(41)</sup>» que provoca a quien ni la esperaba ni la deseaba, sino por otro tipo de consideraciones, como que el marido «pierde» unos hijos, a los que quería como suyos, cuando se entera de que son de otro. Además, para disponer que hay obligación de indemnizar por este tipo de daños los jueces vienen exigiendo que el comportamiento causante sea doloso<sup>(42)</sup>. Eso debe de significar que no es la infidelidad en sí lo que se «castiga», sino la pertinacia y regodeo con que el

---

(41) La indemnización por daño moral es, a fin de cuentas, *pretium doloris*, que decían los clásicos, o *Schmerzensgeld*, que siguen diciendo los alemanes.

(42) La situación, a 2015, la resume FARNÓS AMORÓS: «En general, sin embargo, se observa una tendencia que, basada en juicios de imputación subjetiva, se muestra favorable a indemnizar cuando se aprecia dolo o culpa grave en la conducta de la madre e, incluso, del padre biológico» [«Daño moral en las relaciones familiares», en: F. GÓMEZ POMAR, I. MARÍN GARCÍA (dir.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch, 2015, p. 542]. «Desde las dos sentencias de 22 y 30 de julio de 1999 (...) la Sala 1ª del TS se muestra contraria a indemnizar los daños derivados de la ocultación de la paternidad. Estas primeras sentencias basadas respectivamente en la exigencia de cánones de responsabilidad cualificados y en el carácter incoercible de las obligaciones matrimoniales, descartan en general la indemnización de los daños causados en el seno de las relaciones familiares. En un segundo momento –y con especial relevancia a partir de la ya citada SAP Valencia, Civil, Sec. 7ª, 2-11-2004–, basada en la constatación de dolo o culpa grave, la jurisprudencia menor fijará las primeras indemnizaciones en casos de este grupo» (*ibid.*, p. 542). «Siguiendo la línea indirectamente iniciada por la STS, 1ª, 22-7-1999, al menos nueve sentencias de Audiencias Provinciales han considerado inaplicable el artículo 1902 CC a los daños derivados de la ocultación de la paternidad, al no apreciar dolo en la conducta de la demandada, ya fuera la madre o también el padre biológico, una vez determinada la paternidad. Ahora bien, a partir de una lectura en sentido contrario de dicha línea argumentativa, como mínimo otras siete sentencias se han mostrado favorables a indemnizar por los daños derivados de la ocultación dolosa de la paternidad. Esos pronunciamientos constituyen las primeras excepciones en la jurisprudencia española a la regla general de la inmunidad en las relaciones familiares, y ponen especial énfasis en la entidad de la conducta dañosa y en la gravedad del daño causado» (*ibid.*, p. 543).

infiel la practica, o su torpeza o poca consideración al no ocultársela como es debido al engañado<sup>(43)</sup>.

¿Qué será lo que detiene a los jueces a la hora de ordenar reparaciones por daño moral cuando uno de los cónyuges no se porta con el otro con esa lealtad, generosidad y exquisitez que dibujan los artículos 67 y 68, y especialmente en los casos de infidelidad alevosa? Probablemente la conciencia de que con ello se abriría la caja de los truenos y saldría una intratable avalancha de demandas<sup>(44)</sup>. O se hace del matrimonio, con sus requisitos e incluido el mandato de fidelidad, un bien en sí mismo merecedor de amparo civil y hasta de protección penal, con lo que la responsabilidad civil cobra tintes de sanción para quien atente contra su esencia, y hasta tocaría revitalizar la responsabilidad penal por adulterio o, al menos, por abandono de familia por vida desordenada, como hacía el anterior Código Penal, o, de lo contrario, asumimos que esos asuntos de quererse, ayudarse, respetarse y mantenerse fieles son de la estricta competencia de los cónyuges y no materia en la que el Derecho deba husmear<sup>(45)</sup>.

Mas un cambio no puede pasarnos desapercibido. Tradicionalmente y hasta hace poco, se estimaba que era precisamente el carácter propio y peculiar que, como institución con sus propias reglas, tenía el matrimonio lo que excluía que se aplicasen los mecanismos de la responsabilidad civil a los daños entre los cónyuges, y no digamos al daño moral<sup>(46)</sup>. En el matrimonio, y, precisamente, por bien del matrimonio como tal y de la familia, toca aguantar y aguantarse, o pelear y castigarse, incluso, con otras armas, con herramientas no jurídicas. Hoy es al revés<sup>(47)</sup>: precisamente porque del matrimonio ya no queda más sustancia que la jurídico-formal (y aun de ésta, poco) y porque todos

(43) Como comenta CARRASCO PERERA a propósito de una conocida sentencia de la Audiencia de Valencia en este tema, «[H]ipócritamente, no se reprocha el adulterio, ni el engaño, sino la falta de prudencia que llevó a que todo se supiera» (A. CARRASCO PERERA, «El precio de la infidelidad», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 666, 2005).

(44) Sobre el uso de este argumento por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de julio de 1999, *vid.* A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», *cit.*, pp. 703 y ss.

(45) Además de que, para mayor dificultad, en aras de la no discriminación, ya sea de burladores casados o de burlados en unión estable, no habría a día de hoy razón tampoco para no valorar el daño moral del que, sin estar casado, se entera un día de que su pareja lo alternaba con parte del vecindario.

(46) «En los daños que se producen en la vida familiar o en las relaciones de convivencia es muy cuestionable el papel que deben jugar los remedios indemnizatorios propios del derecho de la responsabilidad civil. A estas dudas contribuye, en primer lugar, la naturaleza misma de estas relaciones, que suelen generar vínculos de solidaridad y altruismo contrarios a la formulación de reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas. La experiencia indica que los daños entre familiares, pese a su frecuencia y variedad, rara vez llegan a compensarse conforme a derecho. En la práctica sólo se reclama si se dan circunstancias que permiten hacerlo sin contravenir la regla de moralidad que habitualmente inhibe la interposición de una acción judicial contra las personas con quienes se convive o contra parientes muy próximos» (Ferrer i Riba, Josep, «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001, p. 3). En 2015 todavía vale decir que «la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil sigue encontrando serios obstáculos cuando se trata de indemnizar daños que tienen origen en las relaciones familiares. Se alude en particular al carácter autosuficiente y cada vez más autónomo del derecho de familia, así como a la subsidiariedad del derecho de daños» (E. FARNOS AMORÓS, *op. cit.*, pp. 530-531).

(47) «Esta inmunidad, sin embargo, viene en la actualidad a reducirse ante la tendencia, asociada al individualismo liberal, a realizar los derechos individuales de las personas en el seno de la familia, a potenciar la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales o de pareja –tradicionalmente muy restringida–, y a facilitar que la persona pueda, en el marco de dicha autonomía, reevaluar si mantiene o rompe sus

sus perfiles anteriores y sus funciones se han ido disolviendo, no hay razón especial que justifique que el Derecho proteja en el matrimonio lo que no ampara en otro tipo de relaciones humanas, ni motivo para que el Derecho deje de inmiscuirse entre los cónyuges de la misma manera que lo puede hacer entre amigos, compañeros o amantes sin compromiso.

Es de interés detenerse en la evolución del significado jurídico de esos «deberes» conyugales. Antes de la reforma de 2005, su incumplimiento servía como causa admisible para instar la separación o el divorcio. Pero desde que la una y el otro ya no requieren culpa ni más causa que la voluntad de uno o los dos cónyuges, o damos con alguna otra consecuencia jurídica para tales infracciones o las dejamos en ese curioso limbo al que la doctrina civil envía a las normas que no tienen consecuencia, pero que no quiere declarar ajurídicas, puesto que están en el Código y todo lo que ahí figure será de los civilistas: declararlas expresión de obligaciones naturales o deberes jurídicos de naturaleza meramente moral, lo cual es una sugerente cuadratura del círculo<sup>(48)</sup>.

---

compromisos de convivencia a la vista de sus costes y beneficios individuales» (FERRER I RIBA, Josep, *op. cit.*, p. 3). En el mismo sentido y casi con las mismas palabras, E. FARNÓS AMORÓS, *op. cit.*, p. 536.

(48) En la doctrina española reciente, DE VERDA Y BEAMONTE, por ejemplo, ha escrito que «El hecho de que los cónyuges no puedan reclamarse el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas por vía judicial no significa que no tengan carácter jurídico, sino que ello se explica por su naturaleza personalísima, que lleva a la imposibilidad práctica de su imposición coactiva por parte del Estado, lo que mermaría la libertad personal y la integridad física y moral de los esposos» (J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Diario La Ley*, núm. 6676, 21 de marzo de 2007). Y uno, más bien lego en teoría civilística, se pregunta si no son igual de personalísimas las obligaciones de alimentos y asistencia a los hijos y si tal condición impide que el Estado aplique su coacción para que se cumplan. Entiéndaseme, nada me horrorizaría más que imaginar a un guardia vigilando para que el marido o la mujer no le pongan los cuernos al otro, o a un carcelero encerrándolos por haberlo hecho. Sólo quiero decir que no es ninguna naturaleza peculiar de esas obligaciones, en tanto que obligaciones jurídicas, la que determina su no coercibilidad, sino al revés: es la total ausencia tanto de coercibilidad como de otras consecuencias jurídicas lo que hace que no estemos ante obligaciones jurídicas. Añadía acto seguido nuestro autor esto, abundando en su idea: «No se puede pretender aplicar al matrimonio los esquemas propios del contrato, en concreto el cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones; y ello porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato» (*ibid.*). Suena bonito, pero es apabullantemente irreal. Ése sería el ideal antiguo (de la teoría) del matrimonio y seguirá siendo el de algunas personas, pero no encaja ni en lo más mínimo con la situación jurídica y con la visión y la vivencia social actual del matrimonio.

Mas seamos justos con DE VERDA Y BEAMONTE, pues él sí es de los pocos que defiende que el incumplimiento de los deberes matrimoniales, como el de fidelidad, pueda dar lugar, al menos, a responsabilidad con base en el artículo 1902 Código Civil. Capta, perspicazmente, que o se va por ese camino, o lo jurídico de los artículos 67 y 68 Código Civil se esfuma por completo: «una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1902 del Código Civil, para asignarles alguna consecuencia, sino no (sic.) se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos, lo que no casa con el claro tenor de los artículos 67 y 68 del Código que –recuerdo– hablan de “deberes” y de “obligaciones”» (*ibid.*). Las preguntas que se me ocurren son dos. Una, si con la que está cayendo en forma de pensiones compensatorias, liquidaciones de sociedades de gananciales y de comunidades de bienes, pleitos por alimentos y demás, y si añadimos que lo de la fidelidad en el matrimonio va en serio y paga el que la infringe, aún se casarían más de cuatro. La otra, si, dada la asimilación en curso, habría que aplicar analógicamente esos preceptos a las parejas de hecho, o al menos para aquellas que se hayan hecho la ilusión de la ayuda mutua y la fidelidad constante, más que nada para evitar la discriminación o el agravio comparativo de los casados y para que no sea un factor disuasivo a la hora de optar por casarse.

A día de hoy, no parece muy acertado creer que la vulneración del deber de fidelidad conyugal del artículo 68 Código Civil haya empezado a operar, por sí, como detonante de un daño que dé lugar a indemnización con base en el artículo 1902 Código Civil. Sí hay ya sentencias que ordenan la compensación el daño moral de quien ha padecido la infidelidad de su cónyuge, pero siempre concurren razones adicionales, especialmente la existencia de hijos de otro que el marido creía suyos. Lo que se manda indemnizar es ese dolor, el de «perder» un hijo que se tenía por propio, el de haber descubierto que no lleva nuestra sangre, como pensábamos, sino sangre ajena, y hasta el haber dedicado tiempo y dinero a su cuidado por creerlo carne de nuestra carne. Ése daño y no el de que haya yacido con otra persona la pareja de uno es el que los tribunales están considerando, y más cuando la mujer procedió con dolo al no asegurarse de que con su amante extramatrimonial no hubiera descendencia o al contarle al marido perversamente que la que llegaba era suya<sup>(49)</sup>.

Dio que hablar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 7ª) de 2 de noviembre de 2004. Un marido descubre que, de los cuatro hijos nacidos durante su matrimonio, tres eran hijos biológicos de otro hombre, con el que su esposa mantenía «una relación extraconyugal estable y duradera». La Audiencia, acogiéndose a doctrina anterior del Tribunal Supremo, explica que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reclamación económica», si bien recuerda también, en ese momento, 2004, que tal infidelidad tiene como «única consecuencia jurídica» «la ruptura del vínculo conyugal». Sabemos que ahora ya no hay tampoco esta consecuencia que, por lo demás, antes tampoco era automática, obviamente. En cuanto al hecho de que la esposa infiel haya concebido tres hijos con su amante, se escandalizan los magistrados por «la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas», si bien, no estiman «que actuaran de forma dolosa o intencional, para generar un daño al demandante, al engendrar los tres hijos». Ciertamente, habría sido todo un exceso que se hubieran dedicado a hacer hijos con el propósito principal de fastidiar al marido. Donde sí se admite que hubo dolo fue en el ocultamiento de la paternidad real, que la esposa y su relación estable sí conocían. Así que se les condena,

---

(49) En la STS de 22 de julio de 2007 la no condena de la esposa a indemnizar al marido se basa en que no hubo dolo en la ocultación de la paternidad real, pues hasta veinticuatro años después la propia mujer no supo con certeza que el hijo no era del marido, sino de su amante. Ella qué culpa tenía, al fin y al cabo, si el hijo lo mismo podía ser del uno que del otro y, ante la duda, consideró que era del marido que lo alimentaba.

En la STS de 30 de julio de 2007 sí se reconoce dolo; tanto, que la esposa, que sabía y había ocultado que su marido no era el padre de los hijos que tenía por suyos, después de la prueba biológica hasta informa en un periódico del engaño al que había sometido a su cónyuge. Con todo, la sentencia insiste en que «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». Y concluye que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna».

al amparo del artículo 1902 Código Civil, a pagar solidariamente cien mil euros como indemnización al esposo, pero no por la infidelidad, sino «porque a la negligencia propia de engendrar a los tres hijos (...) hay que sumar el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor». Sobre por qué se condena a la mujer y a su amante a pagar solidariamente esa indemnización, explica la sentencia que «el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor o medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual». O sea, que para el Derecho tan obligada estaba la esposa como el otro señor a contarle la verdad al consorte que vivía en la inopia, de lo que se deduce, una vez más, que a la hora de considerar el daño que se indemniza no se está teniendo en cuenta la infracción de ningún deber conyugal, pues obvio parece que deberes conyugales no tenía el amante de la señora frente al marido de ésta.

Pero humano es contradecirse y los magistrados no van a ser menos, por lo que acto seguido declaran que esa suma indemnizatoria es la adecuada porque «los padecimientos del demandante, no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa, siendo el acontecimiento que ahora analizamos el que determina el agravamiento de sus dolencias anteriores». O sea, que por la infidelidad no cabe indemnizar, pero aquí se toma en cuenta a la hora de fijar la suma indemnizatoria; o se toma en cuenta, quizá, no la infidelidad en sí, sino el que ésta haya sido conocida por el marido.

Poco a poco, se va ampliando el alcance del daño y la responsabilidad, si bien, hasta hoy, única y exclusivamente cuando hay paternidad extraconyugal y nunca por la mera infidelidad sin descendencia ocultada. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2007 otorgó una indemnización de quince mil euros al marido que durante cuatro años tomó por suya a la hija que no lo era. Con buen criterio afirma esa sentencia que «La culpa o negligencia a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa<sup>(50)</sup>». En efecto, ¿de dónde habrían sacado antes los tribunales, empezando por el Tribunal Supremo, que sólo cabe responder por esos daños, y a tenor del artículo 1902 Código Civil, cuando hay dolo y no otro tipo de culpa?

---

(50) Inmediatamente antes dice la sentencia que «Si el embarazo se produjo tras diecisiete años de matrimonio, durante los cuales no quedó embarazada pese a los tratamientos y durante la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con Don Carlos María, debió haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido. La diligencia que debe exigirse a la demandada, en este supuesto, debe ponerse en relación, como se ha señalado con anterioridad, con el contexto social actual, que le permite, cuanto menos haber podido excluir mediante una simple extracción de sangre, la paternidad de la persona con la que mantenía relaciones sexuales de forma paralela a las relaciones matrimoniales, persona con la que mantenía una relación personal». Parece que algo de negligencia sí hay, sí. Y se añade de inmediato: «Puede afirmarse que la Sra. María Luisa no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. No resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paternofilial».

Tampoco la desatención de otros deberes matrimoniales de aquellos que poéticamente estipulan los artículos 67 y 68 Código Civil se considera apta para engendrar responsabilidad extracontractual por el daño que se provoca. Así se aprecia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2003, en un caso en el que la mujer solicitaba una indemnización por no haber cumplido el marido el deber de socorro y ayuda mutua, a lo que dicha sentencia responde que «aunque el cese de la convivencia no hubiese sido consentido por la esposa, el supuesto abandono por el marido del hogar conyugal no está contemplado en el Código civil como comportamiento que dé lugar a indemnización alguna, sino exclusivamente su concurrencia es causa para solicitar la separación, el divorcio<sup>(51)</sup>, o también se considera causa de desheredación. No hay que olvidar que, a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual, (como la pérdida de agrado, por lesiones físicas que dejan a una persona impedida para actividades normales y ordinarias de la vida, perjuicio estético, por deformidades o fealdades físicas ocasionadas a un individuo, perjuicio de afecto, en virtud del cual se indemniza el daño moral que experimentan determinadas personas vinculadas a las víctimas de lesiones o muerte o el daño causado al propietario del objeto dañado o destruido, o bien el *pretium doloris*, entendido como dolor físico que causan las lesiones a una víctima) entre tales supuestos no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido. Si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los artículos 67 y 68 y son comprensivos no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna –con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido– sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación» (F. 2º).

Llegados aquí, nuestra tesis es sencilla y se resume en dos puntos. Primero, no queda razón para que el Código Civil siga enumerando deberes matrimoniales ligados a un modelo de matrimonio que el propio sistema actual desmiente o contradice punto por punto; es decir, ese matrimonio que los cónyuges tienen por institución que a ellos mismos los rebasa y que expresa un interés que está por encima de los intereses individuales de cada uno, ese modelo de matrimonio con compromiso de ayuda, entrega y fidelidad, es una opción que el Derecho permite, cómo no, a quien así lo quiera, pero que en modo alguno impone o ni siquiera respalda como preferente. Segundo, esa pérdida de identidad institucional, funcional y sustancial del matrimonio y su creciente concepción como mero contrato entre individuos autointeresados antes que nada, echa por tierra toda razón para aquella tradicional inmunidad del matrimonio frente a las reclamaciones por daños y abre con toda coherencia la posibilidad de que entre sí los cónyuges se reclamen por los daños contractuales o extracontractuales, exactamente igual

---

(51) Recordemos que la sentencia es anterior a la reforma de 2005 que suprime la necesidad de causa o culpa para la separación y el divorcio.

y con los mismos requisitos con que puedan darse tales reclamaciones en cualesquiera otras relaciones entre ciudadanos.

### III. NI MÁS DERECHOS NI MÁS OBLIGACIONES QUE LOS ECONÓMICOS. A PROPÓSITO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SUS MISTERIOS

Si las claves de la familia y la base para un sistema coherente del Derecho que lleva tal nombre no nos las da ninguna propiedad empírica (biología, por ejemplo), ningún sentimiento (el amor, el afecto...) ni esta o aquella precisa formalidad (celebración de matrimonio, registro público, contrato expreso con tal o cual forma...), y si sostenemos que los únicos efectos jurídicos tangibles del denominado Derecho de familia son efectos económicos, por lo que, provocativamente, mantenemos que el Derecho de familia ya no es más que una sección del Derecho de obligaciones, ahora podemos preguntarnos si al menos desde este punto de vista sabremos a qué atenernos. En otras palabras, puesto que del Derecho de familia no resta más cosa que la obligación que a ciertos sujetos el Derecho imputa para que a otros sujetos paguen determinadas prestaciones o brinden determinada asistencia, traducible a términos económicos, ¿hay en esto algún criterio coherente o estamos, también aquí, ante el casuismo y el sálvese el que pueda?

Sostendremos que lo segundo y, aunque cabrían más ejemplos, lo ilustraremos solamente al hilo de las pensiones compensatorias del artículo 97 Código Civil.

Dos sujetos particulares se asocian para algún fin común, el que sea; firman incluso un contrato para ese objetivo, o cualquier otro documento que dé entidad institucional específica a esa unión de los dos. Puesto que vamos a entender todo el tiempo que nos hallamos en un Estado constitucional de Derecho, en el que los derechos fundamentales de cada individuo han de quedar a salvo siempre, sea frente al Estado o sea frente a otros particulares, los poderes públicos han de velar para que ninguno de esos dos sujetos vulnere los derechos básicos del otro.

Un día los dos deciden separarse, deciden dejar de funcionar con esa forma de unión o sociedad. Libremente se habían unido y libremente rompen ahora esa relación, y ninguna norma del sistema jurídico pone especiales requisitos para tal ruptura, pues ni se requiere la concurrencia de causas concretas ni es preciso alegar y probar ninguna forma de culpa de ninguno de los miembros. A tenor de las pautas generales establecidas en el Derecho privado de este tipo de Estados, cada uno tendrá reconocido su derecho a una liquidación económica que evite que el uno salga beneficiado a costa del otro. En consecuencia, deberán existir mecanismos para compensar daños y perjuicios y para evitar el enriquecimiento injusto. El esquema ideal para esas y otras instituciones del Derecho privado señala que cada parte ha de encontrarse en un equilibrio correcto entre lo que puso y lo que recibió, entre el beneficio y la carga que soportó; y, de la misma forma y principalmente, un equilibrio así ha de resultar al final entre las partes.

Ahora las preguntas. Primera, ¿por qué con el matrimonio no son así las cosas? ¿Por qué en el matrimonio puede una de las partes adquirir el derecho a perpetuar las condiciones económicas o de vida vigentes para esa parte mientras duró la unión? ¿Por qué, incluso, se pretende que idéntica consecuencia se aplique cuando no hay matri-

monio siquiera, sino una unión en pareja bajo ciertas condiciones, las llamadas parejas de hecho? ¿Qué o a quién se protege con todo ello, en qué derecho básico y por qué?

Vayamos por partes, aunque siempre dentro del Derecho español. Primero recordemos por qué el matrimonio es una unión a la que se llega libremente, de modo bien parecido a como se suscribe un contrato o se forma una sociedad de Derecho privado. También sabemos que el matrimonio se puede romper por la mera y simple voluntad de las partes, incluso de una sola, sin apenas requisitos y, desde luego, sin que se exija demostración de culpa o incumplimiento de alguno de los miembros. Visto esto, se hará más patente la perplejidad que se expresa en las preguntas anteriores: por qué no se va cada uno para su casa después de una justa liquidación de lo común que no tenga en cuenta nada más que lo que cada uno puso, en dinero, en especie o en trabajo, y que evite enriquecimientos injustos y daños manifiestos.

Dice el artículo 97 CC lo siguiente:

*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

1. *Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
2. *La edad y el estado de salud.*
3. *La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
4. *La dedicación pasada y futura a la familia.*
5. *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
6. *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
7. *La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
8. *El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
9. *Cualquier otra circunstancia relevante.*

*En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.*

Resulta muy interesante preguntarse por las razones de esta pensión compensatoria y analizar su naturaleza. ¿Qué es lo que con ella se *compensa*? La respuesta que me parece más adecuada es ésta: se compensa la frustración de una expectativa económica. Uno de los cónyuges, el perceptor de la «compensación», sale perdiendo con la ruptura matrimonial, ya que fuera del matrimonio va a padecer peores condiciones económicas que las que «gracias» al matrimonio disfrutaba. Eso es lo que, al parecer y según la ley, debe ser compensado, al menos en parte.

Digo que al menos en parte, porque parece que la naturaleza de esta pensión es mixta, ya que para su cálculo se toman en consideración factores heterogéneos que podemos agrupar así:

a) Lo que el cónyuge hubiese aportado a la familia, sea en la forma de dedicación pasada a ella (apartado 4), sea en la forma de dedicación futura, por ejemplo para el cuidado de los hijos comunes (apartado 4), sea como «colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge» (aptdo. 5).

¿Qué pasaría si uno de los cónyuges hubiera hecho, durante la unión de la pareja, aportaciones de este tipo, de indudable valor económico, y no se le tomaran en cuenta? Pues que esos trabajos suyos, sean en el hogar y con la familia, sean en las actividades económicas del otro cónyuge, no se le reconocerían, mientras que, en cambio, sí habrían rendido un beneficio para la otra parte, beneficio que le saldría gratis. En consecuencia, probadas esas aportaciones de valor económico, si no existiera la pensión compensatoria del artículo 97 CC, deberían ser compensadas por la vía de la evitación del *enriquecimiento injusto* del cónyuge que se benefició.

b) Ciertas circunstancias subjetivas de los cónyuges, en particular del candidato a recibir pensión compensatoria, como «la edad y el estado de salud», «la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo», y la situación económica y las necesidades de uno y otro.

Supongamos, aunque sea forzando un poco, que en alguno de estos extremos subjetivos un cónyuge hubiera sufrido daño o perjuicio causado por el otro y que a este otro se le pudiera imputar por razón de dolo o culpa. Estaría, entonces, expedita la vía del 1902 CC para reclamar la correspondiente indemnización por daño extracontractual. Pero, si el caso no es así y ninguna culpa ni causa tiene uno de los cónyuges de que el otro sea viejo o esté enfermo o posea escasa cualificación profesional o tenga dificultades para encontrar un trabajo, ¿por qué ha de compensar aquel cónyuge, al acabar la relación, esas circunstancias negativas o esa mala suerte del otro?

En este punto habrá quien alegue que algunas de esas malas perspectivas de este otro pueden deberse, precisamente, a las limitaciones que el matrimonio le supuso, especialmente en lo que haya tenido que sacrificar de sus expectativas o posibilidades para dedicarse al cuidado de la familia. Debemos detenernos un rato en este argumento, importante por tan habitual y tan influyente en la jurisprudencia sobre la materia.

Puede suceder que ese miembro de la pareja haya puesto trabajo bien tangible, sea en la atención de los niños o del compañero o esposo, sea en labores domésticas. Mas esto queda abarcado en el apartado anterior, el a) y, en efecto, el valor de ese trabajo debe ser compensado, pagado, para evitar que una parte se enriquezca injustamente a costa de la labor de la otra. Pero habría que hacer algunas precisiones para poner las cosas en sus términos más justos.

En primer lugar, debe abonarse lo hecho, pero no lo que, impropriamente, podríamos llamar el lucro cesante. Supongamos que yo decido dejar mi trabajo de profesor universitario para atender mi casa y a mis hijos, mientras que mi mujer sigue su carrera de docente e investigadora en mi misma universidad. A no ser que se pruebe que fui víctima de algún engaño o amenaza para obrar así, de tal decisión mía soy responsable

yo, solamente yo y nadie más que yo. En consecuencia, nadie, tampoco mi mujer si mañana nos separamos, tiene por qué compensarme por lo que yo podría haber sido y lo que podría haber hecho si *yo no hubiera decidido* abandonar mi profesión. Si libremente lo quise así, sería porque otras compensaciones o ventajas le veía a la alternativa elegida. Lo que no podemos es estar en la procesión y repicando, o compensar al que libremente se fue de procesión porque no quiso repicar. Ya puestos, ¿por qué no podría ser mi mujer la que me pidiera compensación a mí, ya que, mientras ella trabajaba muchas horas fuera de casa y se agotaba y se estresaba, yo disponía de más tiempo para disfrutar de la maravilla de nuestra hija? ¿O acaso estamos dando por supuesto que no hay más vida plena que la que consiste en trabajar a destajo y ganar el más dinero que se pueda y que las llamadas labores domésticas son propias de fracasados?

¿Y si la vida del cónyuge que pide la pensión fue contemplativa más que nada? ¿Qué le compensamos? Ahora imaginemos que yo, que he decidido ocuparme de la casa y la familia y dejar mi trabajo, llevo aquellas más que nada como gestor o director de escena, pues cuento con dos empleadas domésticas a tiempo completo y con una niñera para nuestra hija. Es más, como me queda algo de tiempo libre, me paso cada semana mis buenos ratos entre gimnasios y masajistas y tomando cafés con mis amigos, todo lo cual lo abono con el dinero que gana mi mujer. ¿Qué dedicación a la familia habría que pagarme a mí? Si en algo de esto tengo una pizca de razón, deberíamos todos preguntarnos por qué en los procesos judiciales sobre estas cuestiones no se suelen probar y tomar en consideración estos extremos, estos pequeños detalles atinentes a cuánto hace en la casa familiar el que libremente decidió quedarse en ella.

Claro, acabamos de decir «libremente» y alguno puede replicar que también pudiera darse el caso de que yo fuera una persona con escasa formación y muy pocas posibilidades de conseguir un trabajo, aunque lo quisiera. Así que cambiamos el ejemplo y no soy alguien que renuncia a su oficio de funcionario docente, nada menos, sino un marido que no tiene donde caerse muerto, mientras que mi mujer labora para mantenernos a los dos y a nuestra hija. Pero, ¿es esa circunstancia mía razón bastante para que, de propina, si nos divorciamos, la misma mujer que me daba de comer, tenga además que compensarme y seguir alimentándome? ¿Por qué?

O déjenme preguntarlo de una manera más: si el matrimonio –o la unión estable no matrimonial– es libre y si también es libre hoy el divorcio, ¿por qué ha de resultarle a mi mujer más difícil divorciarse de mí si yo estoy en paro o no tengo oficio ni beneficio que si soy un profesional de éxito y con buenos ingresos? No me refiero a dificultades morales, a que a ella pueda darle más pena irse si me ve muy incapaz de enfrentarme con la vida, sino al hecho de que el Derecho le ponga obstáculos económicos que se parecen demasiado a sanciones, pues si yo soy ese sujeto con escasas perspectivas vitales, ella tendrá que contar con que si se va a buscar persona que más la llene, tendrá que pagarme una pensión, tanto más grande y duradera cuanto peor sea la situación mía. La moraleja, en términos sociológicos, está clara: la próxima vez no se case usted, señora, con un sujeto que no gane sus buenos euros, y que no pueda mantenerse a sí mismo, y no le permita ni de broma que se quede en el hogar a atender los asuntos familiares. Acabará pagándolo.

En segundo lugar, no estará mal mirar un poco más de cerca eso de los trabajos domésticos. Resulta que mi mujer es polifacética y extremadamente habilidosa. No sólo

ejerce su profesión como catedrática de universidad, sino que, además, en casa es una «manitas» y gracias a eso nos ahorramos un buen dinero. Por ejemplo, cada vez que hay que pintar la casa por dentro o por fuera, ella se encarga, cultiva una huerta que nos da muchas de las viandas que comemos, repara, ella misma, muchas de las averías de nuestro coche... ¿Esos trabajos se los contamos también, a efectos de compensaciones o de compensación de compensaciones? ¿O sólo va a importar el trabajo mío en las labores de amo de casa, aunque tenga cocinera, limpiadora y cuidadora de nuestra hija?

c) «La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal».

¿Por qué ha de ser mayor la pensión, al menos tendencialmente, cuando el matrimonio y la convivencia duraron más? Salvo que presumamos aquí una redundancia del legislador, habrá que entender que no es porque mayor duración del matrimonio implique más tiempo de dedicación a la familia y sus trabajos, pues se supone que eso, cualitativa y cuantitativamente, ya se computó en los correspondientes apartados anteriores. Y, si no es redundante, este criterio viene a decirnos lo siguiente: puesto que lo que se paga es el valor que el matrimonio en sí tiene para la parte que económicamente más sale perdiendo con su ruptura, cuanto más largo el matrimonio, más alto es ese valor cuya pérdida se ha de compensar.

Resulta curioso el razonamiento subyacente, si bien se mira. No perdamos de vista que la pensión es para la persona cuyo nivel de vida y bienestar dependiente de lo económico es menor sin matrimonio que dentro del matrimonio. Hagamos como que el grado de bienestar dependiente de lo económico se puede cuantificar entre 0 y 10. 0 representa la penuria absoluta y 10 la mayor riqueza con el mayor lujo que imaginarse pueda. No se diga que resulta muy prosaico hablar así de niveles económicos, pues de eso se trata con la pensión del artículo 97, esas referencias son las que se toman en tal precepto, ya que se dice que el derecho a la pensión lo tendrá «el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio *económico* en relación a la posición del otro». Ahora imaginemos que mi nivel como soltero es de 3, que como casado, gracias a los ingresos o la situación de mi cónyuge, he ascendido hasta 8, y que tras el divorcio y sin pensión volvería a 3. Así que la pensión compensatoria debe precisamente compensar para que yo siga donde estaba, poco más o menos, en 8 o, si no y al menos, en 7. Eso sí, si luego mi mujer baja a 6, se habrá producido una alteración sustancial en las circunstancias que justificará que la pensión se me rebaje correspondientemente, para que yo ande también alrededor de 6. ¿Por qué? Porque si me casé con una rica tengo derecho a no volver a ser pobre. Nunca más volveré a ser pobre, como decían en aquella película. Moraleja: es muy conveniente el matrimonio de conveniencia.

Ese matrimonio mío duró por ejemplo veinte años. Hasta los treinta fui un mesteroso. De los treinta a los cincuenta, viví como un pachá. A los cincuenta llega el divorcio. ¿Por qué hay que compensarme? ¿Por el tiempo que viví «por encima de *mis* posibilidades»? ¿No deberían más bien decirme eso de que menuda suerte tuve con esos veinte años de esplendor, ya que de todos los de mi barrio fui el único que llegó a tanto, pues ningún otro casó con rica y trabajadora?

Ahora comparemos con este otro caso. Mis circunstancias son esas que acabamos de reseñar, sólo que lo que a los treinta años me ocurre es que un mero amigo muy pudiente me invita a morar en su residencia y sufraga mis gastos y me tiene como a un hermano. Durante treinta años vivo así y vivo muy bien, procurando compensar a mi amigo con mi afecto y ayudándolo en algunas labores caseras suyas. Al cabo de esos treinta años nos enemistamos y mi benefactor me retira su apoyo. ¿Tendría que pagarme una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que entre nosotros se crea a partir de ese desencuentro final? Obviamente no. ¿Y si en lugar de amigos fuéramos hermanos? Tampoco. Entonces, ¿por qué si hubiéramos estado casados, sí? O mucho me equivoco o la respuesta sólo puede ser una de estas dos: o porque el Derecho sanciona positivamente el matrimonio de conveniencia o, al menos, lo que de conveniencia económica pueda tener el matrimonio para alguno de los cónyuges, o porque el Derecho sanciona negativamente la ruptura del matrimonio obligando a pagar por ella al que pueda hacerlo. Con el artículo 97 y su pensión compensatoria, o se quiere disuadirnos del divorcio o se quiere animarnos a casarnos con quien tenga posibles. Porque ya hemos dicho que para reintegrar el valor de los trabajos prestados o indemnizar los daños sufridos habría y hay otros medios y sobrarían algunos de estos criterios de cálculo del artículo 97, comenzando por el de la duración de la convivencia.

Hasta aquí estamos diciendo matrimonio, pero resulta que la pensión compensatoria del artículo 97 se está aplicando también, por vía analógica, a las llamadas parejas de hecho; o se toma en consideración también, a efectos de computar la duración de la relación, el tiempo de convivencia anterior al matrimonio. Leamos, de entre tantas sentencias de este tiempo, los siguientes párrafos de la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de marzo de 2009:

«Ante la falta de una normativa específica legal y la ausencia de un pacto establecido por los miembros de una unión de hecho, con base en la autonomía de la voluntad negociadora establecida en el artículo 1255 CC, en materia de compensación económica por mor de la ruptura de parejas de hecho han sido varias las vías utilizadas, tales como la doctrina del enriquecimiento injusto (STS 11-12-1992, 27-3-2001, 5-2-2004), la indemnización fundada en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC (STS 16 la técnica del principio de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho (STS 17-1-2003, 17-6-2003, 23-11-2004), y la aplicación analógica del artículo 97 CC.

Siendo admisible, por lo tanto, la posibilidad de compensación económica en caso de ruptura de una pareja de hecho, otrora consolidada, siempre que la cesación de la convivencia produzca desequilibrio en uno de sus componentes, cual en el supuesto contemplado, en que la convivencia estable de la pareja del orden de seis años culminó con la celebración de su matrimonio y el nacimiento de un hijo, estimándose por ello de todo punto procedente, a la hora de la determinación de la pensión compensatoria, tomar en consideración la totalidad del tiempo de convivencia, anterior y posterior a la celebración del matrimonio».

Es muy común en la jurisprudencia<sup>(52)</sup> y la doctrina esa enumeración de las tres vías posibles «en materia de compensación económica por mor de la ruptura de parejas de

(52) Para un repaso de la compleja y hasta contradictoria doctrina jurisprudencial, *vid.* M.P. GARCÍA RUBIO, «Las uniones de hecho», *op. cit.*, pp. 1489 y ss.

hecho». Mas no deberíamos desatender su heterogeneidad. Tanto el enriquecimiento injusto como la responsabilidad extracontractual presuponen un cierto ilícito, aunque sea en sentido lato de la expresión. O bien alguien se enriqueció indebidamente, o bien alguien causó a otro un daño tangible que éste no tenía por qué soportar. Pero acabamos de ver que en la pensión compensatoria del artículo 97 hay algo más, pues procede cuando el desequilibrio económico que queda entre las partes no obedece a ninguna de esas razones «ilícitas». No es que nadie se aproveche de alguien o le provoque una merma o daño en lo que era suyo, sino que basta con que uno salga perdiendo, en términos económicos, con la ruptura del vínculo, ya que fuera del matrimonio va a vivir peor o a disponer de peores medios de los que dentro de él tenía. Es una pérdida de estatus lo que se compensa, si bien quien ha de pagar no ha realizado ningún comportamiento reprochable, ya que en nuestro actual Derecho nada de ilícito hay en el divorcio y ningún tipo de culpa se requiere para él. La única «culpa» es divorciarse de quien de casado vivía mejor de lo que viviría de soltero si no se le diera esta compensación.

Ahora bien, si también cuenta a efectos de esta pensión compensatoria la convivencia estable sin matrimonio o se computa el tiempo de convivencia antes del matrimonio, habrá que modificar ligeramente ese diagnóstico. Lo que la pensión compensa es la ruptura de la expectativa de quien pensó que con otro iba a vivir siempre mejor, en términos económicos, y luego resultó que no era posible mantener dicha convivencia.

Planteado de otra forma y al hilo de los mentados párrafos de la sentencia pontevedresa, ¿procede rectamente la aplicación analógica del artículo 97 Código Civil a las parejas no casadas o por el tiempo que convivieron sin matrimonio? En los términos más clásicos de la doctrina de la analogía, habrá que decir que depende de si se da la identidad de razón. Es decir, si la misma razón que justifica que esa pensión se otorgue a cónyuges sirve de fundamento para que se dé igualmente en el otro caso. ¿Y cuál será esa razón? Si tuviera algo que ver con la protección o promoción del matrimonio, no cabe la analogía. Y para que quepa tenemos que hacer aún más prosaico el fundamento, diciendo que se trata de proteger las expectativas económicas que en una persona engendra su pareja y la vida con ella. Curioso. El fin sería el negocio. La familia como buen negocio y como negocio que se mantiene aunque la familia se acabe.

En una cosa no voy a estar de acuerdo, si a alguien se le ocurriera aducirla: en que el fin de la norma sea protector. Aquí no hay ni el más leve rastro de Estado social ni de política redistributiva ni de igualación de oportunidades ni de protección de los sujetos socialmente débiles y vulnerables. Para nada, en modo alguno. Si la finalidad fuera de este tipo, no habría que tomar en cuenta el desequilibrio económico *entre los miembros de la pareja*, sino el desequilibrio económico de uno o los dos por relación al conjunto de la sociedad. No se trataría de que el cónyuge con menos posibilidades que el otro vea reconocido su derecho a mantener el estatus social adquirido. Obligar a una adinerada mujer a repartir su fortuna con el marido con el que estuvo casada veinte años y del que ahora se divorcia, después de vivir los dos juntos y opíparamente y porque ahora él por sí solo no puede mantener ese tren de vida, y hacer que en lugar de tener ella y para ella sola mil millones de euros, le tenga que pasar mensualmente al otro quince mil no es redistribuir la riqueza, precisamente, ni hacer política social ni proteger a quien socialmente se halla en desamparo. Es otra cosa. ¿Cuál será? En este caso, respaldar el braguetazo.

Pero, puestas así las cosas, es cierto que por qué no vamos a aplicar analógicamente el 97 CC a las parejas no casadas. Al fin y al cabo, por qué va a tener el braguetazo que adoptar una determinada forma institucional, la del matrimonio. Sería discriminatorio y obligaría al que quiere darlo a pasar por trámites y condiciones que tal vez su escrupulosa conciencia no le permita. Y, sobre todo, serviría para que esa rica señora de nuestro caso no se salga con la suya si no quiso casarse porque sospechaba en su fondo que su compañero andaba buscando la buena vida a su costa: tendrá de todos modos que seguir manteniendo al tipo.

Que la función de la pensión compensatoria no está ligada principalmente a la compensación del daño o a la corrección del enriquecimiento injusto, y que en el espíritu de la ley se asocia a una concepción retrógrada del papel del matrimonio y, aunque no se diga expresamente, del lugar social de la mujer, se aprecia más que de sobra si tomamos en cuenta también el artículo 101 CC, a tenor del cual el derecho a la pensión se extingue, además de por el cese de la causa que lo motivó, «por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».



# REFORMAR PARA CENTRALIZAR. PÉRDIDA DE AUTONOMÍA MUNICIPAL Y RECENTRALIZACIÓN EN TRES ACTOS

Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ<sup>(\*)</sup>  
María Acracia NÚÑEZ MARTÍNEZ<sup>(\*\*)</sup>

UNED

## RESUMEN

### Reformar para centralizar. Pérdida de autonomía municipal y recentralización en tres actos

Los Ayuntamientos han contribuido al proceso de modernización de España, pero ello no se ha visto recompensado con una adecuada redefinición de las competencias municipales para que se sitúen a la altura de lo que es y debe ser la función local en un Estado moderno del bienestar. Por el contrario, las últimas reformas legislativas, se han traducido en una pérdida competencial en favor de las Diputaciones, y sobre todo de las Comunidades Autónomas, en perjuicio del denominado principio de subsidiariedad conforme al cual, la prestación de los servicios públicos debe llevarse a cabo por la Administración que se encuentre en mejores condiciones para ello y más próxima al ciudadano.

**Palabras clave:** Ayuntamientos, competencias municipales, reformas legislativas, principio de subsidiariedad, relaciones intergubernamentales.

## ABSTRACT

### To reform to centralize. Loss of municipal autonomy and recentralization in three acts

The councils have contributed to the modernization of Spain, but this has not been rewarded with a suitable redefinition of municipal powers so that they are at the height of what is and should be the local function in a modern state being. By contrast, recent legislative reforms have resulted in a competence loss for the Councils, and especially of the Autonomous Communities, to the detriment of so-called subsidiarity principle according to which the provision of public services should be out by the Administration that is better able to do so and closer to the citizen.

**Keywords:** Municipalities, municipal powers, legislative reforms, subsidiarity principle, intergovernmental relations.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y ALCANCE DE LA AUTONOMÍA LOCAL.
- III. AUTONOMÍA LOCAL Y COMPETENCIAS MUNICIPALES.
- IV. LA IMPORTANCIA DEL PODER MUNICIPAL. REFORMAS INSUFICIENTES.

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UNED.

(\*\*) Vicedecana de Ordenación Académica de la UNED, y Profesora de Derecho Constitucional.

- V. VOLVER A REFORMAR PARA REDUCIR.
  - VI. LA REFORMA DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL. LA RECENTRALIZACIÓN DE COMPETENCIAS EN TRES INSTANCIAS.
  - VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: DEFENSA DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES.
- 

### I. INTRODUCCIÓN

La democracia española no ha dispensado a los municipios la atención que merecen por a la importancia de las funciones que desempeñan, y ello queda demostrado en la parquedad constitucional de regulación de la esfera local del poder. El municipal es el nivel de gobierno en relación al cual los ciudadanos expresan mayor interés público y en el que más arraigan las instituciones con el tejido social.

El Tribunal Supremo ha reconocido un componente político a los municipios, cuyo respeto garantiza la Constitución, no pudiendo ser desconocido por el Estado, y al que sólo por razones de defensa de los intereses nacionales podrá el poder del Estado limitar iniciativa política, sin que sea admisible cualquier otro control fundado en razones de tutela o estructura jerárquica (STS de 3 de febrero de 1987).

La mayor proximidad de los entes locales, y entre ellos el municipio, a los intereses ciudadanos tendría que proyectarse en una descentralización de funciones y competencias a su favor, explotando, en su plenitud, las posibilidades de delegación de competencias estatales y autonómicas, y abordando las reformas legales precisas para alcanzar ese objetivo. Se trataría de reforzar los entes municipales, de forma que puedan asumir el protagonismo que les corresponde en todas la materias susceptibles de gestión en el orden local.

Y es que no estaría nunca completa la reforma del Estado si ésta se limitara a abordar los aspectos relativos a las CC.AA. y sus relaciones con la Administración Central, sino que es necesario fomentar, paralelamente y simultáneamente, la posición y la articulación de los municipios con las demás entidades territoriales<sup>(1)</sup>.

### II. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y ALCANCE DE LA AUTONOMÍA LOCAL

La Constitución (artículos 1 y 2) parte de la unidad de la nación española, que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades

---

(1) *Vid.* GOIG MARTÍNEZ, J.M. y NÚÑEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>A., «¿Reformar antes de culminar? Una descentralización territorial fracasada. La autonomía local», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso de la ACE*, RUIZ RICO, G (Coord.), Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución, al afirmar que el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Este precepto refleja una concepción amplia y compleja del Estado, compuesto por una pluralidad de entes de carácter territorial, dotadas de autonomía, aunque en distinto grado, puesto que la autonomía de que gozan las CC.AA. es mayor que aquella de la que disfrutaban municipios y provincias.

La regulación de la autonomía local, cuya proclamación no es nueva en España, sino que ha sido recogida tempranamente<sup>(2)</sup>, se desarrolla constitucionalmente, de manera fundamental, dentro del Capítulo Segundo del Título VIII (De la Administración Local) en los artículos 140, 141 y 142, aunque también existen en nuestra Constitución otros preceptos que se ocupan de la Administración Local (artículos 148.1.2ª; 149.1.18ª; ó 152) y su régimen jurídico ha sido desarrollado en diferentes cuerpos normativos recientemente reformados, aunque continua siendo la pariente pobre de nuestra ordenación jurídica positiva<sup>(3)</sup>.

La falta de un concepto de autonomía local determina la necesidad de hacer un esfuerzo definidor.

En un intento delimitador de cuál es el ámbito del principio de autonomía en el ámbito de los municipios y provincias, el TC ha establecido que la autonomía hace referencia a un poder limitado. Autonomía no es soberanía, y puesto que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, de forma que el ámbito de estos poderes autónomos quedan circunscritos a la «gestión de sus respectivos intereses», lo que exige que se dote a cada Ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo. La autonomía que la Constitución garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés (STC 4/1981, de 2 de febrero).

La autonomía local, tal y como se reconoce en los artículos 137 y 140 CE, goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar (STC 84/1982, de 23 de diciembre). Esa garantía institucional supone el «derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañan, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para ello, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible». Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional

---

(2) Un profundo estudio sobre el tratamiento de la autonomía local en la historia del constitucionalismo español puede verse en GARCÍA ARANDA, S., *La autonomía Local en España (1808-1978)*, Madrid, Universitas, 2013.

(3) GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. y NÚÑEZ RIVERO, C., *El estado autonómico. Principios, organización y competencias.*, Universitas, Madrid, 1998, pp. 89 y 90. También, GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; NÚÑEZ RIVERO, C. y GOIG MARTÍNEZ, J.M., *El Estado autonómico español*, Madrid, Dykinson, 2014.

(STC 170/1989, de 19 de octubre). La garantía constitucional de la autonomía se convierte en un elemento definidor del modelo de Estado (STC 214/1989, de 21 de diciembre).

La autonomía local se constituye en parámetro preservador de un ámbito de gestión de sus respectivos intereses, cuya definición, sin embargo, no compete definir a los entes locales (STC 37/1981, de 16 de noviembre).

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), define el municipio como entidad básica de la organización territorial del Estado, cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionaliza y gestiona con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades (artículo 1), reconociendo su artículo 2 que para la efectividad de la autonomía que les reconoce la Constitución, es preciso que se reconozca su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.

Por su parte, la Carta Europea de Autonomía Local (en adelante CEAL)<sup>(4)</sup>, manifiesta en su Preámbulo que las entidades Locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático y que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados, y tras considerar que este derecho puede ser ejercido más directamente en el nivel local, considera que la existencia de entidades locales investidas de competencias efectivas permite una administración más eficaz y próxima al ciudadano, y que la defensa y fortalecimiento de la autonomía local representa una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder, que se manifiesta en la existencia en entes locales que se beneficia de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión.

De acuerdo con la CEAL, por autonomía local se entiende «el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes» (artículo 2).

Esta autonomía local que se exterioriza a través del ejercicio de competencias fijadas por la Constitución y la Ley, debe de manifestarse: 1º, en la libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad; 2º, en que las competencias deben ser, normalmente, plenas y completas; 3º, en que las entidades locales deban de ser consultadas, en la medida de lo posible, de todas las cuestiones que le afecten directamente, y 4º, todo ello, además, en cumplimiento del principio de que el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos (artículo 4.3

---

(4) Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985. Instrumento de ratificación 20 de enero de 1988 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1989).

CEAL) y en la necesidad de que las entidades locales deban poder asegurarse el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o en la legislación interna (artículo 11 CEAL).<sup>(5)</sup>

La autonomía local actúa como límite al legislador y como protectora de los elementos que hacen a la institución reconocible como tal por los ciudadanos (STC, 17 de julio de 1981).

### III. AUTONOMÍA LOCAL Y COMPETENCIAS MUNICIPALES

El derecho a la autonomía de los municipios implica el reconocimiento de un ámbito de intereses propios, para cuya gestión hay que delimitar y distribuir un bloque de competencias (STC 32/1981, de 28 de julio). Esta atribución competencial es necesaria para la preservación de un auténtico ámbito de autogobierno como determinante de la autonomía local.

La autonomía municipal viene determinada por una serie de funciones constitucionales que deberían de tener su correlación en el sistema de atribución de competencias a favor de los municipios<sup>(6)</sup>:

- La función política-democrática, pues la autonomía local contribuye a la efectividad y el reforzamiento de la democracia.
- Las funciones reconducibles al Estado de Derecho, por cuanto los municipios contribuyen a la división vertical y horizontal del poder,
- Las funciones que asisten a la realización del Estado Social, puesto que las necesidades más básicas de los ciudadanos se hacen más patentes en la comunidad local, y
- Las funciones relativas al Estado autonómico, ya que la instancia municipal cumple un papel de homogeneización de la arquitectura territorial estatal limitadora de los centralismos autonómicos,

La LRBRL ha distinguido, con carácter general, entre las **competencias propias**, establecidas por ley y que se ejercerán en régimen de autonomía, y **las atribuidas por delegación**, cuyo ejercicio se hará en los términos de la misma (se reconoce la posibilidad de que el Estado delegue o transfiera competencias directamente en las Corporaciones

---

(5) El conjunto de facultades en que se traduce esta autonomía local, debe tener su plasmación, respecto a las competencias atribuidas por vía constitucional y legal en la potestad de autoorganización, dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico; la potestad reglamentaria; potestades financieras adecuadas y suficientes; potestades sancionadoras y de ejecución; potestades administrativas en relación con sus actos y acuerdos, y potestades de defensa de sus competencias, potestades de deberían ser ampliadas en cumplimiento de los fines para los que han sido creadas, sin olvidar la posibilidad de que las competencias locales puedan ser ampliadas o delegadas por otros entes territoriales.

(6) Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

locales y no simplemente en las CC.AA., y éstas, a su vez, podrán transferir o delegar competencias en las Corporaciones locales existentes en sus territorios).

La ley partía de una cláusula general de capacidad que posteriormente concretaba mediante dos vías: la enumeración de un listado de materias en las que los municipios tendrán competencia en los términos de la legislación del Estado y de las CC.AA. (artículo 25.2), y la determinación de una serie de servicios que los municipios deberán prestar como servicios obligatorios o mínimos (artículo 26.1).

Se establece un sistema competencial municipal cerrado y limitado, pero ampliado con otras cláusulas, aunque menos en la actualidad, puesto que los artículos 25, 26 y 27 LRBRL, han sido modificados por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que reduce la cláusula general del artículo 25.1, reduciendo la tradicional comprensión de que cuando se reconocía que el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos constituyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, permitía al municipio abordar tareas en ámbitos no atribuidos específicamente a otra Administración<sup>(7)</sup>. Por otro lado, la posibilidad que abría el artículo 86 a las entidades locales de ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, permitiendo una posibilidad de ampliación competencial facultativa, añadida a la de los servicios obligatorios o mínimos del artículo 26, y estrictamente también al listado del artículo 25.2, de manera que se recuperaba parte de la competencia general, también ha sido modificada por la Ley 27/2013, al exigirse que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.

Los municipios tienen autonomía constitucionalmente garantizada para la gestión de sus respectivos intereses; la determinación de cuáles sean estos intereses es obra de la ley, que les atribuye, en consecuencia, competencias concretas, pero que, en todo caso, debe respetar la autonomía. Algunas CC.AA. han asumido la competencia exclusiva en materia de régimen local, y, en consecuencia, es a ellas a las que corresponde la regulación mediante ley del régimen jurídico de las Corporaciones Locales de su territorio. Esta ley debe ajustarse, sin embargo, a las bases establecidas por el Estado, de manera que el régimen jurídico de las Corporaciones locales, aun en aquellas CC.AA. que asumen el máximo competencial al respecto, es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado y de las CC.AA. No obstante, este carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales, no puede ser contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución. Dividido y organizado también el Estado en CC.AA., ambas formas de organización –CC.AA. y entes locales– se superponen sin anularse, y si bien el grado superior de autonomía, que es el propio de las CC.AA., les otorga potencialmente, un poder político y administrativo sobre los municipios que se incluyen en su territorio, no por ello puede desaparecer su autonomía. (STC 84/1982, de 23 de diciembre).

Además de las competencias de los municipios, también el artículo 28 LRBRL permitía a los municipios realizar actividades complementarias de las propias de otras

---

(7) Vid. PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo*. Vol. II, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Administraciones públicas, nos encontraríamos ante las conocidas como **competencias impropias**, competencias que han alcanzado un alto grado de desarrollo en ciertas materias en la medida en que, en nuestros días, la vida municipal ha asumido una progresiva importancia y constituye el gobierno más cercano a los problemas ciudadanos<sup>(8)</sup>.

La jurisprudencia constitucional insiste en la configuración de la autonomía municipal a través de los datos proporcionados por tres referencias esenciales: la Constitución, en la que aparece un núcleo mínimo competencial: la legislación básica, que puede ampliar la autonomía pero no reducirla; y la legislación autonómica, que deberá respetar en todo caso el núcleo esencial y el régimen básico de los intereses municipales (STC 11/1999).

#### IV. LA IMPORTANCIA DEL PODER MUNICIPAL. REFORMAS INSUFICIENTES

El Pacto Local obedeció al intento de los municipios de conseguir el reconocimiento de la importancia de sus ámbitos de decisión y actuación<sup>(9)</sup>, pero, a pesar de las mejoras legales y administrativas, no se han producido los resultados deseados. Ha existido falta de planificación concertada entre los tres niveles de las instituciones del Estado en el proceso de descentralización desarrollada hasta el momento. No se ha producido el necesario proceso de descentralización hacia el municipio que pusiera de manifiesto la importancia del ámbito local.

Tampoco la reforma de la LRBRL mediante la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local, conocida como «Ley de grandes ciudades», ha sido suficiente<sup>(10)</sup>, y, además, ha evidenciado la densidad de normas básicas estatales en materia de régimen local, y ha puesto de manifiesto la idea de uniformidad que se ha intentado imponer, a pesar de la imposibilidad de homogeneizar nuestro sistema local.

El Pacto Local ha incidido en el contenido competencial o funcional de la autonomía local y en cierta decantación de la posición relativa al municipio respecto del Estado y de las CC.AA., defendiendo que la gestión de ciertas competencias estatales debiera ser trasferida y/o delegada a los municipios para una mayor eficacia en la consecución de los fines planeados por el mayor y más próximo conocimiento de las realidades en que se asientan y por la mayor proximidad y celeridad en la actuación, sin que ello suponga merma en las atribuciones estatales.

Respecto a las CC.AA., también deberían haber desarrollado procesos de transferencia o delegación a los entes locales, máxime si pensamos que la organización de los distintos niveles de Administración local permite a las CC.AA. intervenir con mayor proximidad a la problemática específica de su estructura territorial y adecuarla a las necesidades

---

(8) SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *Realidad y perspectivas de la organización territorial del Estado*, vol. II, Comares, Granada, 2000, p. 145.

(9) CÓLERA LEIRADO, J.R., «Relaciones institucionales entre el Estado, las CC.AA. y la Administración Local» en *El Futuro del Estado Autonómico*, op. cit., p. 98.

(10) La necesaria reforma del régimen local fue objeto del Anteproyecto de la LBGAL de 2005 proyectada por el Ministerio de Administraciones Públicas, y que no llegó a cristalizar por la falta de interés de las CC.AA.

de la colectividad<sup>(11)</sup>, sin embargo las CC.AA. han adoptado, como regla general, una actitud de manifiesto recelo a la cesión de competencias a los Entes Locales<sup>(12)</sup>.

Las reivindicaciones competenciales planteadas en el documento originario del Pacto Local, se retoman en las propuestas del Libro Blanco de la Reforma del Gobierno Local de 2005, y en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Bases del Gobierno Local, que asume el problema competencial de forma clara y expresa, para entender válida su atribución, tanto por Ley de bases del Estado, como a través de las reformas estatutarias. En el Anteproyecto, que fue olvidado tras la aprobación de las últimas reformas estatutarias, se analizaban las competencias municipales desde una triple perspectiva:

- Reconocimiento de una cláusula general de competencia a favor de los municipios.
- Establecimiento de un listado de materias sobre las que se considera que los municipios ostentan competencias para la ordenación y prestación de los servicios básicos locales.
- Fijación de un elenco de materias respecto de la que, la legislación sectorial estatal y autonómica habrían de garantizar la intervención municipal mediante la atribución, en su caso, de potestades de planificación, normativa y de gestión.
- Sustancial incremento de las competencias de los municipios.

## V. VOLVER A REFORMAR PARA REDUCIR

Desde diciembre de 2011, la reforma de las Administraciones Públicas emprendida por el Ejecutivo, se ha inspirado en los siguientes principios: a) Disciplina presupuestaria y transparencia pública; b) Racionalización del sector público, supresión de órganos y entidades duplicadas, ineficientes o no sostenibles entre cuyas medidas se encuentra la Reforma local, y c) Mejora de la eficiencia de las Administraciones Públicas.

De entre las medidas señaladas que ya se han implementado en las Administraciones Públicas a partir del año 2012, destacan las siguientes:

- La aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), que tiene por objeto: a) garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones; b) fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y c) reforzar el compromiso de España con la Unión

---

(11) FONT I LLOVET, T., «La Administración Local en las Comunidades Autónomas» en *Informe CC.AA. 2000*, IDP, Madrid, 2001, p. 534.

(12) Inicialmente el Estado retuvo competencias transferibles y mantuvo una actitud intervencionista que, paulatinamente, descendió de intensidad en favor de las CC.AA. Sin embargo, el profundo centralismo denunciado por aquéllas, es el mismo en el que ellas mismas han incurrido. Las CC.AA. no entregan competencias a los entes locales, porque no pueden controlar con inmediatez su ejercicio, pero también por no ceder parte del poder que tanto les ha costado conseguir, por ello se limitan a compartir competencias y a reservar en sus manos las competencias finales o decisorias, no profundizando en la descentralización y atribución de competencias concretas a favor de los entes territoriales.

Europea en materia de estabilidad presupuestaria, y para ello, en lo que se refiere al ámbito local, se establece la posibilidad de imponer a las Corporaciones Locales medidas de cumplimiento forzoso, o disponer en su caso la disolución de la Corporación Local sin que el Estado asuma ya la responsabilidad de los compromisos de las CC.AA., de las Corporaciones Locales y de los entes previstos en la Ley vinculados o dependientes de aquellas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos. Las CC.AA. no asumirán ni responderán de los compromisos de las Corporaciones Locales, ni de los entes vinculados o dependientes de estas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos<sup>(13)</sup>.

– La aprobación de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público que para el ámbito de las Corporaciones locales establece que el órgano interventor será el encargado de controlar el cumplimiento del período medio de pago, y se prevé un especial control de las Corporaciones Locales comprendidas en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Con ello se avanza en una mayor intervención en el control de la sostenibilidad Local en garantía de los proveedores, pero en detrimento del desarrollo competencial.

– Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

– La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público

– Y finalmente, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

La última fase en la consolidación –mejor podríamos hablar de reducción– y determinación del régimen local ha sido la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local<sup>(14)</sup>.

Como indica su Preámbulo, la reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional, la LOEPSF, exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Con este pretexto, se decide adaptar algunos aspectos

---

(13) Vid. DOMINGO ZABALLOS, M.J. (Dir.), *Reforma del Régimen local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Aranzadi, 2014.

(14) La Ley tiene como objeto principal modificar la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Asimismo, se derogan, entre otras, la disposición adicional segunda y la disposición transitoria séptima de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para incluir una nueva disposición adicional.

de la organización y funcionamiento de la Administración local, así como modificar su control económico-financiero, todo ello, en deterioro de la autonomía local.

La reforma persigue, teóricamente, varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia»; racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso, y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Otra de las medidas adoptadas en la Ley es la de reforzar el papel de las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entidades equivalentes. Esto se lleva a cabo mediante la coordinación por las Diputaciones de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes o la atribución a éstas de nuevas funciones, como la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes; su participación activa en la elaboración y seguimiento en los planes económico-financieros, o las labores de coordinación y supervisión, en colaboración con las CC.AA., de los procesos de fusión de municipios. También se introducen medidas concretas para fomentar la fusión voluntaria de municipios potenciando a los municipios que se fusionan ya que contribuyen a racionalizar sus estructuras y superar la atomización del mapa municipal (estas medidas de fusiones municipales incentivadas, encuentran respaldo en la más reciente jurisprudencia constitucional [STC 103/2013, de 24 de abril]).

Finalmente, se incluye una revisión del conjunto de las entidades instrumentales que conforman el sector público local, una racionalización de sus órganos de gobierno y la modificación de las retribuciones del personal al servicio de las Corporaciones locales.

Aunque es de aplicación a toda la Administración local, la Ley tiene como principales protagonistas: a) los municipios de menos de 20.000 habitantes que carezcan de capacidad financiera para prestar sus competencias; b) los entes instrumentales: organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a cualquiera de las Entidades Locales, así como regularizar las actuaciones derivadas de los convenios de colaboración interadministrativos de los ayuntamientos medianos y grandes, y c) las Diputaciones Provinciales que deben readaptar sus estructuras para garantizar la prestación efectiva de los servicios locales propios.

Respecto a las medidas para clarificar las competencias municipales, destacan la reordenación de la cartera de servicios y el régimen de traslación de competencias. La nueva Ley diseña un sistema de determinación de las competencias más estrecho del que se definía hasta ahora en la LRBRL, que parte de su clasificación en distintas categorías, en la redacción que prevé el art.1.tres de la LRSAL: **las competencias propias**, que se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad «atendiendo siempre a la debida coordinación y ejecución con las demás Administraciones Públicas», pudiendo ser reconocidas únicamente por ley; y **las delegadas** por el Estado o las Comunidades Autónomas, que se ejercen en los términos establecidos en la disposición o acuerdo de

delegación (regulado en el artículo 27) que preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia.

El alcance de las competencias propias queda establecido con carácter básico en el artículo 25 LRBRL (según redacción del artículo 1.8 LRSAL) en el que la Ley introduce diversas modificaciones. En concreto, se elimina en el apartado 1 la expresión «toda clase» al aludir a las actividades y servicios que pueden promover los Ayuntamientos. Por otro lado, en el listado contenido en el apartado 2 en relación con las materias respecto de las cuales pueden asumir competencias los municipios, se suprimen algunas de ellas (la conservación de caminos y vías rurales, la defensa de los consumidores y usuarios, la programación de la enseñanza o la participación en la gestión de la atención primaria de la salud, entre otras) y se modifican las expresiones o términos empleados para identificar los ámbitos a los que se extienden determinadas competencias (así, en materia de urbanismo se habla de «planeamiento» y no de «ordenación»; la expresión «pavimentación de vías públicas» se sustituye por «infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad»; y en lugar de incluirse la «seguridad en lugares públicos», se habla de «policía local», entre otros ejemplos), dotándose a otras de nuevo contenido (en medio ambiente, por ejemplo, se incluye la protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica; mientras que en el ámbito de los servicios sociales se pasa de la genérica «prestación de servicios sociales y la promoción y reinserción social» a «la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social»), lo que implica una reducción muy amplia del ámbito competencial.

Por lo que se refiere a las competencias delegadas, se encuentran reguladas en el artículo 27, (artículo 1.10 de LRSAL) que exige que la delegación sea acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y que no se realice por un plazo inferior a 5 años, debiendo determinar, entre otros extremos que ya se encontraban recogidos en la LRBRL, el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante. Se exige, asimismo, que la delegación se acompañe de una memoria económica que valore el impacto que puede conllevar en el gasto de otras Administraciones Públicas y de la financiación necesaria, siendo nula la delegación que se efectúe sin la existencia de la correspondiente dotación presupuestaria. Finalmente, se enuncian, sin ánimo exhaustivo, las competencias estatales y autonómicas susceptibles de delegación. El régimen de delegación de competencias se completa con las previsiones contenidas en el nuevo artículo 57 bis, a cuyo tenor, las entidades locales solo podrán aceptar delegaciones de competencias o suscribir convenios de colaboración con las CC.AA. cuando, en caso de que contengan obligaciones financieras que se concreten en compromisos de pago a cargo de estas, se incluya una cláusula de garantía del cumplimiento de tales compromisos, autorizando a la Administración General del Estado a practicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación.

Junto a ambas categorías, se mencionan las llamadas «competencias impropias» (nuevo artículo 7.4 de la LRBRL), identificándolas como aquellas que no son propias ni delegadas, y estableciendo que solo podrán ejercerse cuando no se ponga en riesgo financiero la realización de las competencias propias, no haya duplicidades con las competencias autonómicas, y se garantice la sostenibilidad financiera de las nuevas

competencias o actividades económicas con arreglo al principio de eficacia y al resto de requerimientos previstos en la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Así pues, se suprime el artículo 28 (artículo 1.11 de la LRSAL), en el que se reconoce a los municipios la posibilidad de realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas (en particular, en los ámbitos de la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente), aunque los Municipios podrán seguir desplegando su actividad en ámbitos distintos de los definidos en los artículos 25 y 27, si bien tal posibilidad se condiciona al cumplimiento de los requisitos previstos en el nuevo artículo 7.4, lo que, en la práctica, implica su eliminación definitiva, puesto que los requisitos de exigible cumplimiento, son cuasi de existencia imposible.

Más allá de esta triple clasificación de las competencias municipales, el nuevo modelo competencial de las entidades locales que define la Ley, introduce, como medida de transparencia, pero con el objeto claro de reducir las competencias municipales, la obligación de determinar el «coste efectivo» de los servicios que prestan las Entidades Locales, (al que se refiere los artículos 26.2, al señalarse como parámetro de referencia para determinar si los servicios municipales se pueden asumir o no, y 116 ter) de acuerdo con criterios comunes, y se dispone su remisión al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación<sup>(15)</sup>.

En conclusión<sup>(16)</sup>, la reforma aborda, básicamente, el desarrollo de la Administración Local, como una ley de sostenibilidad, cuyas medidas de racionalización tienen por objeto lograr la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de los Ayuntamientos. El modelo por el que ha optado el legislador para asegurar la suficiencia financiera de los municipios a la que se refiere el artículo 137 de la Constitución, ha sido, en lugar de ampliar recursos para su financiación, reducir competencias (y subsidiariamente capacitar a las Diputaciones para que atiendan los servicios locales de los Ayuntamientos que no las puedan ejercer).<sup>(17)</sup>

La nueva ley impone una limitación competencial municipal muy amplia, que determina, correlativamente, el aumento de competencias autonómicas, a través del régimen transitorio, que determina que las CC.AA. asumirán la titularidad de las competencias relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud, y las competencias relativas a la participación en la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social, de manera progresiva y con sometimiento a plazo.

---

(15) Esta medida –según recoge la Exposición de motivos de la Ley– se considera un paso fundamental en la mejora de la información disponible, eliminando asimetrías, para la toma de decisiones de los ciudadanos y de la Administración, y contribuirá de forma permanente al aumento de la eficiencia ya que «con la publicación agregada de la información de todos los costes efectivos de los servicios prestados por todas las Entidades Locales el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas contribuye a garantizar el cumplimiento del principio de eficiencia de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

(16) Vid LAGO NÚÑEZ, G., *La tercera reforma del Régimen Local en España*, Madrid, La Ley, 24/2014.

(17) Vid. QUINTANA LÓPEZ, T y otros, *La Reforma del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, 2014. También MEDINA GUERRERO, M., «La reforma del régimen local: una honda transformación de las relaciones intergubernamentales», en *Cuadernos de derecho local*, número 34, 2014, pp. 147-161.

En el ámbito general, el efecto inmediato de la Ley se produce en la forma de prestación de las competencias impropias que requieren la concurrencia de las circunstancias que exige el artículo 7.4 de la LRBRL, lo que, en la práctica implica su desaparición.

El carácter eminentemente financiero de la ley implica que una vez se calculen los costes efectivos de los servicios que prestan los Ayuntamientos (artículo 116 ter LRBRL) se va a producir una revisión en las formas de gestión al objeto de lograr una mayor eficiencia y homogeneidad, pero reduciendo servicios.

El elemento más cuestionado será la reasignación de competencias radicadas o participadas hasta ahora en los Ayuntamientos que han de ser asumidas por las CC.AA.: servicios sociales, sanidad y educación, Hasta ahora, la responsabilidad de los municipios en este campo constituyó el verdadero núcleo del perfil funcional de los municipios y del conocimiento que los actores locales tienen de sí mismos y de sus responsabilidades locales<sup>(18)</sup>.

### VI. LA REFORMA DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL. LA RECENTRALIZACIÓN DE COMPETENCIAS EN TRES INSTANCIAS

Como ha indicado el TC en las SSTC 159/2001, de 5 de julio; 52/2004, de 13 de abril, y 252/2005, de 11 de octubre, en materia de autonomía local el constituyente no ha predeterminado el contenido concreto de la autonomía local, por lo que es el legislador constitucionalmente habilitado quien puede ejercer, en uno u otro sentido, su libertad inicial de configuración, con el único límite de que no establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los artículos 137, 140 y 141 CE. Corresponde al legislador estatal, con carácter general, fijar los principios o bases relativos a los aspectos institucionales, organizativos y funcionales y a las competencias de las entidades locales constitucionalmente garantizadas<sup>(19)</sup>. Pero, las potestades estatales, en ningún caso pueden menoscabar el ámbito de la autonomía local.

La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local representa un profundo cambio de modelo en la concepción, hasta ahora vigente, de los ayuntamientos como gobierno local. En este sentido habría que destacar que se refuerza su dimensión de órgano administrativo, prestador de servicios, en detrimento de su papel político, propiciando una administración que presta servicios pero que no decide sobre las políticas públicas que se desarrollan en su territorio, de manera que la idea de Ayuntamiento como gobierno local y un nivel territorial de poder político se diluye<sup>(20)</sup>.

(18) WOLLMANN, H., «La reciente reforma del gobierno local en España. Reflexiones desde una perspectiva comparada», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 8, Dic-2014, p. 60.

(19) Tal y como ha recordado el TC en las SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 19; 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 2, existe una conexión entre la garantía constitucional de la autonomía local (artículos 137, 141 y 142 CE) y la competencia que ostenta el Estado sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (artículo 149.1.18 CE).

(20) Vid. SALVADOR CRESPO, M., «La reforma del gobierno local y su impacto sobre la autonomía y las competencias locales. Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

Con ello, se aleja de la concepción moderna de la autonomía municipal, entendida como el derecho y la capacidad efectiva que tienen los entes locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes. La Ley supone una afectación clara y directa al principio de autonomía local, privando a las entidades municipales de la «libertad plena» –en términos de la CEAL– para ejercer la iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

Los intereses públicos que están en juego, así como la propia garantía institucional de los municipios (que, en algunos casos, pueden quedar vacíos de competencias), conducen a la conclusión de que esta operación de reforma del marco normativo de la administración local vulnera no sólo la autonomía local sino también el sistema de competencias que, en esta materia, están reconocidas en los Estatutos de Autonomía.

La reforma constitucional del artículo 135, y las leyes que inciden en su desarrollo han supuesto una modificación profunda del modelo estatal, tanto en lo que respecta al modelo político de Estado, como a la estructuración territorial del poder<sup>(21)</sup>. Con la reforma del ámbito municipal, se procede a una reducción del ámbito competencial de los ayuntamientos, y además:

- *Reducir o «redimensionar» el sector público instrumental local.*
- *Condicionar y, en su caso, eliminar entidades locales intermedias.*
- *Se somete a principios económicos el desarrollo político de las competencias municipales.* Se reforma el artículo 86 en relación con la libre iniciativa pública económica que se ejercerá «siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias». El ejercicio de actividades económicas por los ayuntamientos se condiciona a que no genere riesgo para la sostenibilidad financiera del municipio.

Pero, sobre todo, se altera el orden competencial constitucional y estatutario, en detrimento de los municipios, procediendo a una recentralización, en tres procesos ascendentes, desde el ámbito municipal al estatal:

1. *En un primer proceso, se fortalecen las Diputaciones provinciales de régimen común, confiriéndoles no solo competencias funcionales sino también competencias materiales.*
2. *En un segundo momento, se potencia el ámbito competencial de las CC.AA.*

La CE configuró el sistema local y reconoció su autonomía, pero la mayor autonomía otorgada a las CC.AA., determinó que sus Estatutos dieran contenido, articularan e

---

de 22 de diciembre de 2012», en VVAA, *Reforma de la Ley del Régimen Local*, Centro de Estudios Andaluces, Consejería de Presidencia, Junta de Andalucía, 2013, Sevilla, pp. 13-26.

(21) Vid. VVAA, *Reforma Constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, CEPC, Madrid, 2013. En especial el trabajo de SERRANO PÉREZ, M<sup>a</sup> M., «La Constitución económica europea y la transformación operada en el sistema económico interno y en el Estado Social».

interpretaran, en clave autonomista, las relaciones con las entidades locales, lo cual era a todas luces limitador de la autonomía local; además, en base a títulos constitucionales, la jurisprudencia constitucional ha acentuado las tesis de que, en el marco constitucional existente, son las CC.AA. las que asumen el papel principal para determinar las competencias de las entidades locales.

Los EE.AA. asumieron desde el momento de su nacimiento competencias en materia de régimen local, aunque con distinto alcance.

Las CC.AA. tienen un amplio campo de regulación local como legisladoras del desarrollo de las bases estatales y como legisladores sectoriales, lo que les permite reorganizar el sistema competencial en aquellas materias que no estén especialmente atribuidas constitucional y legalmente. No obstante, como ha manifestado el TC, nunca se podrá hacer esta reordenación en detrimento del principio de autonomía local (STC 28, de julio de 1981).

Las reformas estatutarias emprendidas con posterioridad implican, en materia de régimen local, un aumento competencial para las CC.AA., que acentúan su fuerza expansiva, ya no sólo como legisladores sectoriales, sino como detentadores exclusivos de las competencias sobre la materia.

Como ha indicado el TC, en principio ninguna objeción puede formularse a que un Estatuto de Autonomía, en tanto que su norma institucional básica, contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial del régimen local en el ámbito territorial la Comunidad Autónoma, pero deberá respetar, en todo caso, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del artículo 149.1.18 CE, por cuanto la expresión «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» engloba a las Administraciones locales (STC 31/2010, de 28 de junio).

Con la reciente reforma legal, desaparecen o se reducen las «competencias municipales propias» previstas en las actuales letras i) y n) del artículo 25.1 de la LRBRL relativas a educación, sanidad y servicios sociales que se asumirán por las Comunidades Autónomas. Las competencias de educación y sanidad serán exclusivas de las Comunidades Autónomas. Se suprimen las actividades complementarias previstas en el actual artículo 28 de la LRBRL (servicios impropios), aunque, en determinadas circunstancias (excepcionalmente) se pueden seguir ejerciendo, si bien, en la práctica, supone su eliminación. Y se exige un informe previo de la Comunidad Autónoma que confirme que no existen duplicidades y del interventor local sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias, cuestiones delicadas en cuanto que pueden suponer una afectación directa de la autonomía municipal.

3. No obstante lo anteriormente afirmado, y de manera paralela, la Ley supone una intromisión estatal en las competencias autonómicas sobre administración local. La nueva regulación opta por el concepto de «servicios municipales» frente a la más actual de «competencias», en el intento de justificar las competencias del Estado para aprobar una normativa básica que prácticamente deja sin espacio de actuación al legislador autonómico en esta materia. Además habilita al Gobierno del Estado para que determine unilateralmente, tanto los estándares de calidad de los servicios mínimos obligatorios, como la evaluación conjunta de los servicios municipales que puede acabar en una

supresión de determinados servicios facultativos o actividades económicas o, incluso, en la privatización de determinados servicios obligatorios.

Se recentralizan competencias locales mediante un uso intensivo del título competencial del artículo 149.1.18 CE (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas), pero también mediante el recurso a otros títulos competenciales: el recurso al título transversal del artículo 149.1.13 CE (ordenación general de la economía), así como los reconocidos en los artículos 149.1.14, las finanzas públicas y la deuda del Estado y 149.1.11, el sistema monetario. Esta recentralización tiene apoyo jurisprudencial, pues no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional ya había reconocido en la STC 134/2011, de 20 de julio, la capacidad del Estado para aprobar disposiciones legislativas en materia de estabilidad económico-financiera, situando su fundamento constitucional en algunas materias expresamente reservadas a la competencia estatal<sup>(22)</sup>. Más recientemente, la STC 215/2014, de 19 de diciembre, ha reconocido la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

## VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: DEFENSA DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES

Los Ayuntamientos han contribuido al proceso de modernización de la sociedad con un gran esfuerzo de cooperación con las demás instituciones del Estado más allá de las competencias y obligaciones propias, pero ello no se ha visto recompensado con una adecuada redefinición de las competencias municipales para que se sitúen a la altura de lo que es y debe ser la función local en un Estado moderno del bienestar.

En el régimen constitucional español, la pluralidad de Administraciones públicas se asume como una exigencia de la Norma Suprema, y se caracteriza como una pluralidad conveniente para el buen funcionamiento del sistema democrático, en tanto que incrementa la división y contrapesos entre poderes, pero que también tiene sus puntos débiles, entre los que destaca la excesiva fragmentación de competencias, la autodefensa en las competencias propias, y las disfunciones producidas por la duplicidad, descoordinación, ineficacia, ineficiencia, y que seguramente tienen su origen en la falta de un adecuado diseño de relaciones intergubernamentales.

En nuestro modelo territorial, existen tres centros de poder (central, autonómico y local) con tres ordenamientos jurídicos, presididos por el principio de competencia y un haz de relaciones de colaboración e integración, pero no suficientemente desarrollado como relaciones intergubernamentales.

Las relaciones intergubernamentales, entendidas como «el conjunto de técnicas de cooperación entre las distintas esferas de poder (estatal, autonómico, local, y europeo), dirigidos a lograr una actividad más eficaz, más eficiente, más participativa, y más democrática, al fomentar los pesos y contrapesos entre poderes», son decisivas en un

---

(22) Un interesante estudio puede verse en GALERA VICTORIA, A., «El legislador autonómico y el principio de estabilidad presupuestaria», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 31, 2013.

Estado estructurado territorialmente como el nuestro, al objeto de lograr la adecuada distinción competencial, y la gobernación del Estado<sup>(23)</sup>.

El modelo de organización territorial que establece la CE, se caracteriza por ser un sistema descentralizador y esa descentralización debe de ser desarrollada al máximo. Hasta el momento, hemos observado cómo los entes territoriales preferentes –Estado y CC.AA.– han intentado por todos los medios centralizar sus atribuciones competenciales. Una vez observado que la descentralización estatal a favor de las CC.AA. no impedía al Estado el mantenimiento de un estatus privilegiado respecto al resto de entes, y que no quedaba afectada la unidad del Estado español, han sido las CC.AA. las que han iniciado un nuevo centralismo, en deterioro de un segundo proceso descentralizador a favor de los entes locales, que hubiera sido necesario.

Por su importancia, y por los principios que rigen las relaciones de los ciudadanos con los entes detentadores del poder, las entidades municipales deben de convertirse en hacedores primeros, tanto desde el punto de vista del *principio de especialidad*, puesto que existen competencias cuya especialidad está expresamente atribuida por ley, y respecto de las cuales, sólo en caso de no poder ser atendidas serán prestadas por las Diputaciones Provinciales, como desde el punto de vista del *principio de generalidad*, por cuanto, como conocedoras primeras de los problemas, y como máximos interesados en el interés de los ciudadanos, son, por proximidad, las entidades territoriales más adecuadas<sup>(24)</sup>.

La organización territorial del Estado español debe dar respuesta a los principios que caracterizan al Estado autonómico, es decir, unidad, autonomía y solidaridad, dando satisfacción a los principios que rigen la actuación administrativa, es decir, eficacia, desconcentración, coordinación, sometimiento a la ley y al Derecho, y descentralización<sup>(25)</sup>, pero estos principios deben de ser aplicables, también, al ámbito de poder municipal.

La potenciación de los entes municipales está ligada al denominado principio de subsidiariedad de acuerdo con el cual la prestación de los servicios públicos debe llevarse a cabo por la Administración que se encuentre en mejores condiciones para ello y más próxima al ciudadano, y en el que el nivel administrativo superior actuará sólo cuando la acción del inferior resulte insatisfactorio e ineficaz<sup>(26)</sup>.

Este principio de subsidiariedad ya está incorporado en el Derecho Comunitario y está desarrollado en su versión local por el artículo 4.3 CEAL, de manera que impregna el ordenamiento jurídico europeo y trasciende al derecho nacional convirtiéndose en uno de los principios inspiradores del proceso descentralizador, y actúa en unión con los principios de colaboración, cooperación y de lealtad institucional.

En desarrollo de este proceso descentralizador, las Administraciones estatal y autonómica únicamente deberían asumir aquellas competencias que no sean posibles en la

---

(23) FERRER ALLES, J.J., «Relaciones intergubernamentales y administración única en el Estado de las Autonomías» en *El Futuro del Estado autonómico*, Coord. por Francesc Pau i Vall, 2001, p. 70. También en *Las relaciones intergubernamentales en el derecho constitucional español*, Universidad de Cádiz, 2007.

(24) SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., op. Cit., vol. III, p. 307.

(25) *Op. cit.*, p. 85.

(26) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Estudios sobre la Constitución*, La Ley, Madrid, 2002, p. 96.

Administración municipal. Ello no implica la asunción de la teoría de la Administración Única en todos sus extremos, sino la aceptación de que las Administraciones municipales ya no pueden ser consideradas como meras colaboradoras del Estado y de las CC.AA. en la prestación de servicios de carácter interno.

Fundamental en el proceso que defendemos es el principio de solidaridad, entendido como colaboración, cooperación y participación de los entes municipales en los procesos de análisis y ordenación de los asuntos que les afecten. Es necesario mejorar las posibilidades de participación del ámbito local en la toma de decisiones, en la planificación de los servicios y en la evaluación previa de sus consecuencias<sup>(27)</sup>.

El cumplimiento del principio de solidaridad debe entenderse, en lo que al ámbito local se refiere, en la necesidad de potenciar los principios que rigen las relaciones entre Administraciones: colaboración, cooperación y participación, y a ello deben contribuir, por igual, tanto al Estado como las CC.AA.

Como la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas establece, la cooperación es un deber general y la esencia del modelo de organización territorial del Estado, que, a través de la mutua lealtad constitucional y el recíproco apoyo, tiene como fin el conseguir un funcionamiento más eficaz del conjunto de las administraciones públicas.

El principio de colaboración determina que las Administraciones tienen que actuar en su ámbito de competencias, pero también se extiende a la esfera de los intereses que gestionan como requisito legitimador<sup>(28)</sup>.

Además, el principio de coordinación debe de ser entendido como la actividad dirigida a conseguir que la complejidad y la división alcancen la unidad y la simplificación y la eficacia<sup>(29)</sup>.

Estas técnicas administrativas tienen una dimensión positiva y una negativa en su formulación. La *dimensión negativa* no plantea mayores dificultades interpretativas, toda vez que alude a algo absolutamente elemental: al principio de lealtad constitucional en el ejercicio de las competencias correspondientes, y por consiguiente, a la existencia de un deber de abstención o de no hacer nada que pueda lesionar los intereses comunes a la totalidad del sistema constitucional (la unidad constitucional en sentido propio y sustantivo), e incluso, nada que pueda llegar a lesionar verdaderos intereses legítimos de cualquiera de las otras partes de ese sistema (los intereses legítimos de las entidades locales, por ejemplo). Junto a esta vertiente negativa, existe una *dimensión positiva* que se manifiesta en el deber de cooperación y asistencia y el deber de información, deberes que juegan un papel trascendental en el ejercicio de actividades por parte de los municipios.

---

(27) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *op. cit.*, p. 166.

(28) PAREJO ALFONSO, L., «Las relaciones entre las Administraciones públicas en el Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común» en *las Relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*, Generalitat-IEA, Barcelona, 1993, p. 36.

(29) SANTAOLALLA MACHETI, P., «En torno al principio de colaboración» en *RDP*, núm. 21, UNED, 1984, p. 84.

## **REFORMAR PARA CENTRALIZAR. PÉRDIDA DE AUTONOMÍA MUNICIPAL**

---

Pero junto a esta vertiente de la solidaridad, existe otra –solidaridad como participación– que constituye uno de los elementos más eficaces para la integración política, por cuanto favorece la defensa de los intereses propios y concretos y los intereses generales. Se trata de la participación de los entes locales en la formación de la voluntad estatal y autonómica a través de formas de participación orgánica y funcional.

En definitiva se trata de poner de manifiesto que los entes locales, en cuanto gobierno ordinario y diario de los quehaceres de la vida, son los más interesados en la resolución de los conflictos, y aquellos que, por proximidad, pueden contribuir a una mejor resolución de los mismos.

Y todo ello sin que queden disminuidos los principios de tutela y control, siempre que no supongan intromisión en la autonomía local.

Sin embargo la realidad nos marca otro camino totalmente distinto al que proponemos.



# DE LA GARANTÍA DE LA LEY AL ABANDONO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO LEGITIMACIÓN DEL EJERCICIO DEL PODER

Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ(\*)

## RESUMEN

### De la garantía de la ley al abandono del principio democrático como legitimación del ejercicio del poder

La crisis económica ha obligado a adoptar diferentes medidas tendentes al aumento de los ingresos, a la contención del gasto, a la reducción del déficit y, en fin, a la limitación del endeudamiento. Sin embargo, el modo de insertarlas en el Ordenamiento jurídico a través de disposiciones normativas no parlamentarias aprobadas por vía de urgencia o mediante enmiendas en la Cámara de segunda lectura hace padecer gravemente tanto el principio de legalidad (artículo 9.3 CE) como el principio democrático (artículo 1.1 CE), provocando la crisis del Estado social y democrático de Derecho.

**Palabras clave:** Crisis económica, decreto-ley, derecho de crisis, derecho de enmienda, gasto público, legislación de urgencia, prestaciones patrimoniales, principio de legalidad, principio democrático, principio mayoritario.

## ABSTRACT

### From the rule of law to the abandonment of the democratic principle as legitimization of power

The economic crisis has led to take several measures to enhance tax revenues, contain public spending, reduce deficit and, finally, set limits to public debt. However, those measures have been incorporated to the legal system via non parliamentary provisions approved through emergency procedures or amendments in the second reading House, all which severely harms both the principle of legality (article 9.3 of the Spanish Constitution) and the democratic principle (article 1.1 of the Spanish Constitution), leading to a crisis of the social and democratic rule of law.

**Keywords:** Economic crisis, decree-law, crisis law, right to amend, public spending, emergency legislation, contributions, principle of legality, democratic principle, majority rule.

---

## SUMARIO

- I. DEL DERECHO DE CRISIS A LA CRISIS DEL DERECHO.
- II. DEL VASALLAJE A LA GARANTÍA DE LA LEY: LA CONQUISTA DEL CIUDADANO FRENTE AL PODER DESPÓTICO.
- III. DE LA GARANTÍA DE LA LEY AL PROBLEMA DE LA LEY: DOS MANERAS DE HURTAR EL DEBATE POLÍTICO A LOS REPRESENTANTES DEL PUEBLO.

---

(\*) Letrado del Tribunal Constitucional, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alcalá de Henares.

1. **El uso abusivo de la legislación de urgencia como forma de hurtar el debate parlamentario a los representantes del pueblo: el decreto-ley.**
  2. **El uso abusivo del derecho de enmienda en el Senado como forma de sustraer el debate parlamentario al Congreso: los «cavaliers législatifs».**
- IV. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN: DEL DÉFICIT FINANCIERO AL DÉFICIT DEMOCRÁTICO.
- V. BIBLIOGRAFÍA RELACIONADA.
- 

### I. DEL DERECHO DE CRISIS A LA CRISIS DEL DERECHO

La crisis económica ha supuesto que el legítimo ejercicio de la potestad financiera por parte de los Estados, tanto en su vertiente de los ingresos como en la de los gastos, haya provocado un importante aumento de las cargas y obligaciones de los ciudadanos con una consiguiente devaluación de sus derechos económicos y, lo que es más grave, de sus derechos sociales. También ha puesto en tela de juicio principios constitucionales tan arraigados históricamente y tan básicos en la modelación de una verdadera democracia como son el principio de legalidad financiera y el principio democrático.

La situación de crisis económica ha servido como justificación para la adopción de toda clase de medidas tendentes a la contención del déficit público, tanto para la reducción de los gastos (con demasiada habitualidad siempre en relación con los servicios esenciales de los ciudadanos y no tanto con el gasto generado por las Administraciones Públicas), como para el aumento de los ingresos (mediante la exigencia de un mayor esfuerzo en su contribución a la financiación del gasto). Crisis y más crisis para legítimar, en unas ocasiones, la preterición del Parlamento, y, en otras, la alteración del procedimiento legislativo.

No es infrecuente encontrarse actuaciones del Estado (Gobierno o Parlamento) dirigidas a buscar nuevas formas de recursos públicos (prestaciones patrimoniales de carácter público) más flexibles, o a utilizar las existentes de forma distinta a su propia naturaleza o finalidad (como, por ejemplo, la utilización de las tasas para financiar servicios públicos esenciales), que se incorporan al ordenamiento, en unos casos, por disposiciones normativas no parlamentarias aprobadas por vía de urgencia (como es el decreto-ley), y, en otros, mediante la introducción de enmiendas en Senado aprovechando la tramitación parlamentaria de cualquier iniciativa legislativa que tenga un relación genérica con la materia objeto de la enmienda presentada. Ello no sólo con la idea de esquivar el rechazo social del ciudadano frente a su pago, sino también con la de evitar los límites que la Constitución impone o, por lo menos, con la de minimizar sus condicionantes.

De esta manera, cuando la regulación de un determinado ámbito vital de las personas que debía depender exclusivamente de la voluntad de sus representantes expresada a través de la ley, se sustituye por el recurso a instrumentos normativos que, no sólo adolecen de un importante déficit democrático, sino que, debiendo ser extraordinarios terminan convirtiéndose en ordinarios, se está usurpando el ejercicio de la potestad legislativa que corresponde de forma regular a las Cortes Generales (artículo 66.2 CE). Pero es que, cuando dentro del procedimiento de aprobación de la ley se recurre

a argucias como la introducción de enmiendas en la Cámara de segunda lectura que tienen una dudosa conexión con el texto de la iniciativa debatida, se está sustrayendo a la Cámara de primera lectura su derecho a debatir y enmendar el contenido de las iniciativas legislativas sometidas a su consideración.

Con una y otra conducta el denominado «*Derecho de la crisis*» termina degenerando en la «*crisis del Derecho*», al atacar la esencia misma del principio de legalidad y, por ende, del principio democrático.

## II. DEL VASALLAJE A LA GARANTÍA DE LA LEY: LA CONQUISTA DEL CIUDADANO FRENTE AL PODER DESPÓTICO

La organización de las distintas sociedades creó unas necesidades de financiación del gasto público que llevó al establecimiento de una serie de tributos que gravaban, fundamentalmente, los frutos de las tierras, las aduanas y los consumos específicos. Como tales tributos respondían al arbitrio y, en muchas ocasiones, a la arbitrariedad del gobernante, el pueblo comenzó una lucha que desembocó en la conquista de la garantía del principio de legalidad, convirtiéndose el Parlamento en el escenario en el que sus representantes fiscalizaban y controlaban el ejercicio de aquel poder financiero, primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos, y, después, con relación al control de la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos.

Es cierto que el origen de ese «*derecho*» a autorizar los ingresos y a controlar los gastos del rey surgió en los Parlamentos medievales (asambleas feudales de carácter participativo no representativo), ostentándolo los estamentos y no el pueblo, de manera que representaba un poder, no para el pueblo sino ante el pueblo, que era finalmente quien soportaba los tributos. Pero ello no impidió que, poco a poco, fuera abriéndose la idea de que el Parlamento representaba a todo el pueblo y, con su capacidad de iniciativa legal, limitaba los poderes del rey. De hecho, ya en las revoluciones inglesas del siglo XVII se asentó el constitucionalismo tradicional sobre el absolutismo, debilitándose la posición del monarca en beneficio del Parlamento que pasaba a ser un instrumento de representación de todo el reino. Basta, por ejemplo, con acudir al «*Acta de declaración de derechos y libertades de los súbditos y del orden de sucesión a la Corona*» (*Bill of Rights*) de 13 de febrero de 1689 para comprobar cómo «*toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un período de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada, es ilegal*» (apartado 4º).

Es con las revoluciones liberales cuando como consecuencia del surgimiento del mandato representativo se consagra como derecho del pueblo, el principio de «*no taxation without representation*» («*nullum tributum sine lege*»). En efecto, la Declaración de Derechos (*Declaration of Rights*) de 19 de octubre de 1765 (del Congreso de las nueve colonias británicas en Nueva York) señaló que «*es inseparablemente esencial a la libertad de un pueblo (...) que ninguna contribución les sea impuesta sino con su propio consentimiento, dado personalmente, o por sus representantes*» (apartado 3º) y, por tanto, «*ninguna contribución nunca ha sido, o puede ser constitucionalmente impuesta a ellos, sino por sus respectivas legislaturas*» (apartado 5º). Y lo mismo sucedió

en la vieja Europa en donde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 (Asamblea Nacional Constituyente) proclamó, como un «*derecho sagrado*», el que tenía todo ciudadano «*ya por sí mismo o por su representante, a emitir voto libremente para determinar la necesidad de las contribuciones públicas, su adjudicación y su cuantía, modo de amillaramiento y duración*» (artículo 14).

Nuestra propia Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 incorporó a su texto la potestad de establecer tributos como una potestad exclusiva de las Cortes (artículo 131), con prohibición expresa al Monarca de imponer «*por sí directa ni indirectamente contribuciones*» (artículo 172), de donde nos ha llegado hasta la Constitución de 27 de diciembre de 1978, como principio de legalidad, conforme al cual sólo se pueden establecer prestaciones patrimoniales de carácter público «*con arreglo a la ley*» (artículo 31.3).

El sentido de las anteriores proclamaciones no es sino el de asegurar que la regulación de determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes expresada a través de la ley<sup>(1)</sup>. De esta manera, nuestro ordenamiento ha consagrado el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado y como garantía de los ciudadanos frente a los actos del poder. Más concretamente, el principio de legalidad en materia tributaria, que no es sino una especificación del principio de legalidad más genérico que la Constitución proclama en su artículo 9.3, responde en su esencia a la vieja idea de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los Entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes; es decir, la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano<sup>(2)</sup>.

En el Estado social y democrático de derecho la reserva de ley cumple sin duda otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exige el origen democrático del poder ejecutivo, continúa siendo la de asegurar que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuente para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes<sup>(3)</sup>.

### III. DE LA GARANTÍA DE LA LEY AL PROBLEMA DE LA LEY: DOS MANERAS DE HURTAR EL DEBATE POLÍTICO A LOS REPRESENTANTES DEL PUEBLO

El principio de autoimposición encuentra todo su sentido en regímenes políticos en los que existe una nítida separación entre el poder legislativo (léase, pueblo) y el poder eje-

---

(1) SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4; 6/1983, de 4 de febrero, FJ 4; 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 8; 14/1998, de 26 de enero, FJ 11; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7; 150/2003, de 15 de junio, FJ 3; 102/2005, de 18 de abril, FJ 3; y 148/2011, de 23 de noviembre, FJ 6.

(2) STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4.

(3) STC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3.

cutivo (léase, monarca), en los que la voz de aquél se hace oír efectivamente a través de sus representantes, operando no sólo como un elemento de legitimación en su ejercicio, sino como un límite a su actuación. Por el contrario, en sistemas parlamentarios como el nuestro, donde la separación entre los poderes legislativo y ejecutivo es meramente formal, siendo aquél un mero instrumento al servicio de las políticas de éste, aquella garantía tan larga y duramente conquistada a lo largo de siglos, se torna inservible al dirigirse la actuación de sus representantes democráticamente elegidos, no tanto al servicio de la voz del pueblo como al designio de la voluntad de sus gobernantes. Las leyes dejan de ser el vehículo a través del cual se articula la voluntad de los ciudadanos para convertirse, unas veces, en el mero interés de sus gobernantes, otras, en su obcecado capricho.

Parece que a los Gobiernos la forma de ejercicio del poder democráticamente atribuido conforme a la Constitución les resulta demasiado rígida, al constreñirles –quizás, en su sentir, indebidamente– sus posibilidades de actuar. Por tal razón, buscan medios más flexibles para llevar a buen término sus objetivos, a través de los cuales procuran evitar, en la medida de lo posible, el debate político y la confrontación parlamentaria, que no podemos olvidar, no son sino la máxima expresión de una democracia parlamentaria como la que instaura nuestra Constitución. Entre estas maneras de actuar destacan, en particular, dos: de un lado, el recurso ordinario al decreto-ley como forma de introducción de medidas en el ordenamiento jurídico al margen del Parlamento, cuya intervención queda limitada a su mera convalidación (y sólo por el Congreso, lo que excluye al Senado del conocimiento de la materia regulada), o, todo lo más, a la tramitación posterior como proyecto de ley de unas medidas ya impuestas. De otro, el uso de la práctica parlamentaria consistente en introducir medidas de cierto calado mediante enmiendas en el Senado, limitando así la intervención del Congreso a la mera convalidación de la totalidad del texto sancionado por la Cámara Alta.

### **1. El uso abusivo de la legislación de urgencia como forma de hurtar el debate parlamentario a los representantes del pueblo: el decreto-ley**

Desde que se reconoció oficialmente la existencia de una crisis económica se han dictado 10 decretos-ley en 2008, por solo 4 leyes; 14 decretos-ley en 2009 y 29 leyes; 14 decretos-ley en 2010 y 44 leyes; 20 decretos-ley en 2011 y 38 leyes; 29 decretos-ley en 2012 y 17 leyes; 17 decretos-ley 2013 y 27 leyes; 17 decretos-ley en 2014 y 36 leyes, y, de momento, 12 decretos-ley en 2015 y 48 leyes (hasta octubre). Es importante no perder de vista, sin embargo, que muchas de las leyes que se han aprobado en cada ejercicio no son sino fruto de la propia tramitación como tales de los previos decretos-ley dictados por el Gobierno<sup>(4)</sup>.

---

(4) Así sucedió, por ejemplo, durante el ejercicio 2012, con la Ley 3/2012, de 6 de julio, que sustituyó al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, una y otro, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; con la Ley 5/2012, de 6 de julio, que encontró su origen en el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, una y otro, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; con la Ley 8/2012, de 30 de octubre, cuyo antecedente es el Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, una y otro, de saneamiento del sector financiero; o con la Ley 11/2012, de

Por citar algunos ejemplos sobre la naturaleza de las medidas adoptadas mediante el recurso al decreto-ley, en materia de ingresos, se ha introducido un gravamen complementario en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de hasta 7 puntos en la base general y de hasta 6 puntos en la base del ahorro (Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre); se ha aprobado una «*amnistía fiscal*» permitiendo la regularización de las rentas ocultas a un tipo reducido del 10 por 100 (Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo); se han subido los tipos impositivos generales del Impuesto sobre el Valor Añadido, del 8 y 18 por 100, al 10 y 21 por 100, respectivamente (Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio), y también de los Impuestos Especiales (Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio); se ha establecido una tarifa plana en las cotizaciones a la Seguridad Social (Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero); se ha inaplicado la tasa de reposición en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para aumentar el número de funcionarios que permitan la intensificación de las actuaciones de investigación tributaria y, por tanto, el aumento de la recaudación en materia tributaria (Reales Decretos-ley 5/2014 de 4 de abril; y 3/2015, de 22 de marzo) y de Seguridad Social (Real Decreto-ley 3/2015, de 22 de marzo); se ha establecido un nuevo régimen de tarifas aeroportuarias y se ha modificado el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito (Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio)<sup>(5)</sup>; se ha extendido, primero (Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero), y reducido, después, el ámbito de aplicación de las tasas judiciales (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero); o, en fin, se han previsto una serie de bonificaciones por la contratación de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (Reales Decretos-ley 8/2014, de 4 de julio; y 1/2015, de 27 de febrero).

Lo mismo ha sucedido en materia de gasto público en la que también por decreto-ley se ha procedido a incrementar la liquidez y a favorecer el equilibrio financiero y presupuestario de las Administraciones públicas, por ejemplo, a través del establecimiento de un fondo para el «*pago a proveedores*» (Reales Decretos-ley 5/2009, de 24 de abril; 8/2011, de 1 de julio; 4/2012, de 24 de febrero; 7/2012, de 9 de marzo; y 8/2013, de 28 de junio) o de un «*Fondo de Liquidez Autonómico*» (Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio); se han autorizado nuevas operaciones de endeudamiento a las entidades locales para la cancelación de las operaciones de préstamo formalizadas con el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores (Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio); se ha creado el «*Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas*» y el «*Fondo de Financiación a Entidades Locales*» (Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre); se ha instaurado un «*Fondo para Operaciones de Inversión en el Exterior de la Pequeña y Mediana Empresa*» (Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio); se ha facilitado la recapitalización de las entidades de crédito por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (Reales Decretos-ley 21/2012, de 13 de junio; y 6/2013, de 22 de marzo); se han suspendido los incentivos para la construcción de instalaciones de producción

---

19 de diciembre, fruto del Real Decreto Ley 17/2012, de 4 de mayo, una y otro, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

(5) La STC 211/2015, de 8 de octubre, declara la inconstitucionalidad del artículo 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, al no haberse justificado suficientemente el presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad) respecto de la modificación operada en el citado impuesto (FJ 5).

de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos (Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero)<sup>(6)</sup>; se han corregido los desajustes entre los ingresos y los costes del sector eléctrico y gasista (Reales Decretos-ley 13/2012, de 30 de marzo; 20/2012, de 13 de julio; 29/2012, de 28 de diciembre; 2/2013, de 1 de febrero; 2/2013, de 1 de febrero; y 9/2013, de 12 de julio)<sup>(7)</sup>; se ha suspendido la concesión de explotación del almacenamiento subterráneo de gas natural denominado «Castor» y fijado la compensación por las inversiones efectuadas (Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre); o, en fin, se han adoptado medidas para estimular los acuerdos de refinanciación de carácter preconcursal y concursal (Reales Decretos-ley 4/2014, de 7 de marzo; 11/2014, de 5 de septiembre; y 1/2015, de 27 de febrero),

En fin, también por decreto-ley se ha incidido en los derechos sociales consagrados en la Constitución, como ha sucedido, con la suspensión de la revalorización de las pensiones de carácter contributivo (Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo) y con la suspensión de la actualización de esa revalorización (Reales Decretos-ley 20/2011, de 30 de diciembre; y 28/2012, de 30 de noviembre)<sup>(8)</sup>; con la minoración del sueldo de los empleados públicos (Reales Decretos-ley 8/2010, de 20 de mayo; y 20/2012, de 13 de julio); con la reducción de la indemnización por extinción improcedente de contrato de trabajo de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, a 33 días de salario, con un máximo de 24 mensualidades (Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero); con la supresión de la paga extraordinaria de los empleados públicos correspondiente al mes de diciembre de 2012 (Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio)<sup>(9)</sup>; con la reducción de la indemnización por extinción del contrato de trabajo (Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero); con el aumento de la edad de jubilación voluntaria

---

(6) La STC 48/2015, de 5 de marzo, ha considerado constitucional la suspensión de estos incentivos porque pretende «evitar el incremento del gasto dedicado a la financiación del sistema primado, derivado de la incorporación de nuevas instalaciones a dicho sistema, para, a partir de ahí, propiciar la reducción del déficit estructural del sector eléctrico» (FJ 6).

(7) La STC 183/2014, de 6 de noviembre, declara la constitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3, y de la disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2013, no tanto porque pretendía corregir la situación de déficit estructural del sector eléctrico, sino porque perseguía combatir las desviaciones al alza del mismo (FJ 6). Posteriormente, la STC 28/2015, de 19 de febrero, declara la pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma norma (FJ 3).

(8) Las SSTC 49/2015, de 5 de marzo, 95/2015, de 14 de mayo, 109/2015, de 28 de mayo, declaran la constitucionalidad de la suspensión de la actualización de la revalorización de las pensiones (diferencia entre el IPC real y el IPC previsto para la revalorización) establecida en el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, al considerar que no se trata de un derecho consolidado e integrado en el patrimonio de los pensionistas sino de una mera expectativa cuya concreción depende de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias económicas y sociales del momento (FJ 5). Esta Sentencia no analiza, sin embargo, el hecho de que dicha suspensión de la actualización se haya llevado a cabo por decreto-ley. No obstante, al no ser un derecho sino una mera expectativa, difícilmente estaríamos ante una materia excluida del ámbito de aplicación del decreto-ley.

(9) La STC 81/2015, de 30 de abril, considera constitucional (desde el punto de vista competencial) la supresión de la paga extraordinaria de los empleados públicos del mes de diciembre de 2012 (llevada a efecto por el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad). La STC 83/2015, de 30 de abril, declara la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra el mismo artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, porque la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 ha recuperado la paga extraordinaria suprimida. Lo mismo sucede con las SSTC 97/2015, de 25 de

(Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo); con el fomento del trabajo a tiempo parcial (Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre); con la exclusión del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España (Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril); con el incremento del 40 al 50 o 60% de la aportación de los beneficiarios en el pago de los medicamentos financiados con cargo a fondos públicos (Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril); con la elevación de los precios de las matrículas de las enseñanzas universitarias (Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril); o, en fin, con el establecimiento de una ayuda económica de acompañamiento para las personas desempleadas de larga duración exclusivamente cuando tengan responsabilidades familiares (Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre).

Como es sabido, la legislación de urgencia supone una excepción extraordinaria a la garantía de la ley en la Constitución, razón por la cual, «la Constitución y los Estatutos de Autonomía imponen límites materiales al Decreto-ley con el fin de preservar la posición central del Parlamento dentro del sistema constitucional y asegurar con ello que las regulaciones que afectan al “ámbito vital de las personas” dependan “exclusivamente de la voluntad de sus representantes”»<sup>(10)</sup>. En efecto, el artículo 86.1 de nuestra Constitución dispone que «[e]n caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general». Es decir, que en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes.

La primera precisión que es importante realizar es que las exigencias del artículo 86.1 CE no se aplican sólo a la legislación de urgencia emanada del Gobierno central sino también a la surgida de los Gobiernos autonómicos. En efecto, según el Tribunal Constitucional, «las exigencias mínimas del principio democrático son en esencia idénticas para todos los decretos leyes, pues siempre tutelan la participación del pueblo en su conjunto mediante sus representantes electos en la adopción de normas primarias»<sup>(11)</sup>. Por esta razón, «los severos límites impuestos al decreto-ley por razón del principio democrático (artículo 1.1 CE)» son «exigibles también a las instituciones autonómicas», de manera que «un Estatuto de Autonomía no puede atribuir al Consejo de Gobierno autonómico poderes de legislación de urgencia que no estén sujetos, en lo que corresponda, a los límites consignados en el artículo 86.1 CE como garantía del principio democrático»<sup>(12)</sup>. Por tanto, los decretos-ley autonómicos no sólo tienen que

---

mayo (supresión de la paga extraordinaria a los empleados de la AEAT) y 100/2015, de 25 de mayo (supresión de la paga extraordinaria a los empleados del Instituto Astrofísico de Canarias).

(10) STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2.

(11) STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 6; y en el mismo sentido, STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2.

(12) STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 5. Ciertamente, no deja de sorprender esta afirmación que hace el Tribunal Constitucional cuando aplica, por vez primera, los límites del artículo 86.1 CE a los decretos-ley autonómicos, estén o no esos límites en las normas estatutarias (las cuales, a juicio del citado Tribunal, sólo pueden añadir otros o endurecer los existentes), por imposición del principio democrático del artículo 1.1 CE, cuando en materia de Ley de Presupuestos se viene diciendo por la doctrina constitucional que «de los preceptos constitu-

responder a una situación de extraordinaria y urgente necesidad sino que no pueden afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución<sup>(13)</sup>.

Hecha la precisión que antecede, hay que señalar a renglón seguido que en este tipo de normación –a diferencia de la legislación delegada donde actúa por delegación del Parlamento– el Gobierno ejerce un poder propio (excepcional al procedimiento ordinario de elaboración de leyes), no sujeto a autorización previa y con capacidad de modificar leyes previas. Ahora bien, se trata de un instrumento con fuerza de ley que únicamente puede utilizarse cuando concurra una situación de necesidad que esté calificada por las notas de «*extraordinaria*» y «*urgente*», en la medida en que reclama una acción normativa que, por lo ordinario, compete al legislador, pero que, precisamente por esa necesidad y por no poder ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales, se autoriza al Gobierno, con un carácter de provisionalidad, hasta que obtiene la convalidación y, en su caso, la conversión en ley. Eso sí, aunque el artículo 86 CE habilita al Gobierno a dictar disposiciones legislativas provisionales con el carácter de decreto-ley en los casos de extraordinaria y urgente necesidad, no se lo permite sobre cualquier materia, al estar expresamente prohibido que «*afecte*» a la ordenación de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos del Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas o al régimen electoral general.

De conformidad con lo anterior, nuestra Constitución limita en un doble sentido, entonces, la facultad excepcional que atribuye al Gobierno para promulgar, en forma de decreto-ley, normas con fuerza de ley. De una parte, por la necesaria conexión entre esta facultad legislativa excepcional y la existencia de un presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad); de otra, por la exclusión de determinadas materias que, en ningún caso, pueden ser objeto de regulación mediante ese decreto-ley (como, por ejemplo, los derechos y deberes de los ciudadanos regulados en el Título I del propio Texto Constitucional).

Con relación al presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad), aunque es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación requiere

---

cionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas» (entre las últimas, STC 132/2013, de 5 de junio, FJ 2). Es decir, si según el propio Tribunal Constitucional, «de la dicción literal del artículo 134 CE se desprende con toda claridad que las reglas contenidas en el mismo tienen por objeto directo la regulación de una institución estatal» (SSTC 7/2010, de 27 de abril, FJ 3; y 108/2015, de 28 de mayo, FJ 3), lo que le ha llevado a concluir que aun cuando hay unos principios que son consustanciales a toda institución presupuestaria, sin embargo, los límites del artículo 134 CE (concretamente, el previsto en su apartado 7º), no son directamente aplicables a las Comunidades Autónomas, salvo que las normas estatutarias y las delimitadoras de competencias (como sucede, por ejemplo, con la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas), así lo hayan previsto, no parece muy coherente afirmar lo contrario en la aplicación a las Comunidades Autónomas de las reglas y principios previstas en la Constitución para otra institución del Estado como es el decreto-ley. Parece, entonces, que el principio democrático y la reserva de ley en materia presupuestaria (que no olvidemos, responde al principio democrático) no es suficiente para impregnar las leyes de presupuestos autonómicas de los límites que fija la Constitución para los presupuestos generales del Estado y, sin embargo, el citado principio democrático es suficiente para imponer a las Comunidades Autónomas los límites que el artículo 86.1 CE impone a la legislación de urgencia del Gobierno central.

(13) STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 5.

el establecimiento de una norma por vía de decreto-ley, ello no les autoriza para incluir «cualquier género de disposiciones», esto es, «ni aquéllas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad»<sup>(14)</sup>. Eso sí, con carácter general, «las medidas requeridas para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad han de ser concretas y de eficacia inmediata»<sup>(15)</sup>. Su finalidad es, pues, «subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes»<sup>(16)</sup>.

Respecto de las «*materias prohibidas*» se encuentra, en lo que ahora nos interesa, la de los «*derechos, deberes y libertades de los ciudadanos*», que no sólo impide que «por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I», sino que «por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales» de

---

(14) SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; y 1/2012, de 13 de enero, FJ 11. Así, por ejemplo, se ha apreciado la existencia del presupuesto habilitante y, en su caso, también de la idoneidad de las medidas adoptadas, entre las últimas, en las siguientes sentencias: STC 39/2013, de 14 de febrero (FFJJ 8 y 9), respecto del Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía; SSTC 237/2012, de 13 de diciembre [FFJJ 6 y 7.b)], 51/2013, de 28 de febrero (FJ 5), y 64/2013, de 14 de marzo (FJ 2), con relación al Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional; STC 142/2014, de 11 de septiembre (FFJ 5 y 6), con referencia al Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones; STC 183/2014, de 6 de septiembre (FJ 5), relativa al Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar; SSTC 183/2014, de 6 de septiembre (FJ 6), y 28/2015, de 19 de febrero (FJ 3), con relación al Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero; STC 12/2015, de 5 de febrero (FFJJ 4 y 5), respecto del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero; STC 48/2015, de 5 de marzo (FFJJ 5 y 6), con relación al Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de pre-asignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos (esta doctrina luego se aplica en las SSTC 105/2015, de 28 de mayo; y 106/2015, de 28 de mayo); STC 81/2015, de 30 de abril (FJ 5), respecto del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; STC 93/2015, de 14 de mayo (FFJJ 9 y 10), con referencia al Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda en Andalucía; y STC 95/2015, de 14 de mayo (FFJJ 5 y 6), respecto del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

(15) STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 6. Eso sí, la justificación por parte del Gobierno de la concurrencia del presupuesto habilitante debe realizarse para cada medida concreta que introduzca y no de forma genérica para la totalidad del instrumento normativo (STC 199/2015, de 24 de septiembre, FJ 5, con relación al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modificó cerca de treinta normas distintas).

(16) SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 3; 189/2005, de 7 de julio, FJ 3; 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 5; 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; 51/2013, de 28 de febrero, FJ 3; 96/2014, de 12 de junio, FJ 5; 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 4; y 47/2015, de 5 de marzo, FJ 3.

alguno de tales derechos, deberes o libertades<sup>(17)</sup>. En este sentido, el límite previsto en el artículo 86 CE afecta a todos los derechos, deberes y libertades constitucionales (tengan la consideración de «fundamentales» o no) previstos en el citado Título I, entre los cuales se encuentra el deber de contribuir a los gastos públicos mediante un sistema tributario justo del artículo 31.1 CE. En efecto, en la Sección 2ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica «*De los derechos y deberes de los ciudadanos*», se inserta el artículo 31.1 CE, «precepto que establece un auténtico mandato jurídico, fuente de derechos y obligaciones, del que se deriva un deber constitucional para los ciudadanos de contribuir, a través de los impuestos, al sostenimiento o financiación de los gastos públicos»<sup>(18)</sup>, siendo, en consecuencia, «uno de los deberes cuya afectación está vedada al decreto-ley el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el artículo 31.1 CE»<sup>(19)</sup>.

Ahora bien, del hecho de que la materia tributaria esté sujeta al principio de reserva de ley (artículo 31.3 CE) «no se deriva necesariamente que se encuentre excluida del ámbito de regulación del decreto-ley, que podrá penetrar en ella siempre que se den los requisitos constitucionales del presupuesto habilitante y no “afecte”, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas»<sup>(20)</sup>. Esto es, «el hecho de que una materia esté reservada a la ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye *eo ipso* la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante decreto-ley»<sup>(21)</sup>. Por tanto, «no existe ningún inconveniente para que a través de un decreto-ley se puedan establecer, modificar o derogar, prestaciones patrimoniales de carácter público, siempre y cuando, claro está, concurra una situación de extraordinaria urgencia que justifique el uso de este particular instrumento normativo, y, a su través, no se afecte al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos consagrado en el título I de la Constitución, artículo 31.1 CE»<sup>(22)</sup>. En concreto, «el decreto-ley no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación

(17) SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 18 de octubre, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9.

(18) SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 5; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9.

(19) SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 5; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9.

(20) SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 8; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 4; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9; y 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5.

(21) SSTC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 2; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 8; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9; y 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5.

(22) STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5. La misma afirmación no puede realizarse, sin embargo, con carácter general, de los decretos-ley autonómicos, pues hay normas estatutarias, como por ejemplo la catalana, que sólo permiten establecer tributos propios «*mediante ley del Parlamento*» (artículo 203.5 EAC), lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que «el legislador estatutario preserva y refuerza la posición del Parlamento catalán frente a diversas potestades normativas del Gobierno autonómico, tanto la ordinaria de carácter reglamentario (artículo 68.1 EAC), como la extraordinaria de rango legal (artículo 64.1 EAC)», lo que supone «que el artículo 203.5 EAC impone un inequívoco límite material al Decreto-ley catalán, traducido en la imposibilidad de crear tributos propios mediante este instrumento normativo» (STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2).

de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo», quedando vedada «cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario»<sup>(23)</sup>.

Pues bien, no cabe duda de que el presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad) se justifica, en muchos supuestos, en la situación derivada de la crisis económica<sup>(24)</sup> y, por tanto, en la urgente necesidad de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a una situación de inestabilidad presupuestaria provocada por la reducción de los ingresos (por tributos y por cotizaciones sociales) y el aumento de los gastos (mayores intereses financieros del endeudamiento e incremento de las prestaciones por desempleo). Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha admitido la concurrencia del presupuesto habilitante en situaciones que ha calificado como de «coyunturas económicas problemáticas»<sup>(25)</sup>, para cuyo tratamiento acepta que el decreto-ley «representa

---

(23) SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9; y 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5.

(24) Así, por ejemplo, en la STC 182/2013, de 23 de octubre, aprecia la existencia de la situación habilitante en el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, por la naturaleza extraordinaria o excepcional de la crisis financiera internacional caracterizada por su extraordinaria gravedad y su potencial riesgo sistémico (FJ 6). Y en la STC 47/2015, de 5 de marzo, se aprecia la concurrencia del presupuesto habilitante del Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, en «la pérdida de confianza de los mercados en el sistema financiero, consecuencia del recrudescimiento de las tensiones financieras relacionadas, en todo caso, con la crisis internacional iniciada en años anteriores, y que afectaba a las condiciones de financiación de las entidades de crédito» (FJ 5).

(25) SSTC 23/1993, de 21 de enero, FJ 5 (con relación a la concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo por silencio positivo del Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales); 11/2002, de 17 de enero, FJ 4 (en relación con el Real Decreto-ley 8/1994, de 5 de agosto, por el que se suprimieron como corporaciones de Derecho público las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana); 137/2003, de 3 de julio, FJ 3 (con referencia a la modificación de los Impuestos especiales de fabricación por el Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera); 189/2005, de 7 de julio, FJ 3 (respecto de la modificación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre Sucesiones, por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica); 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 5 (respecto del Real Decreto-ley 1/1997, de 31 de enero, por el que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector); 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4 (respecto a la libertad de horarios comerciales del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios); 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6 (con referencia a la escasez de suelo urbanizable recogida en el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes); 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5 (respecto de la deducción sobre la facturación mensual de cada oficina de farmacia por las recetas dispensadas con cargo a fondos del Sistema Nacional de Salud del Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos); 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 4 (con relación a la Inaplicación del régimen económico primado para las instalaciones de generación de régimen especial del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social); 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3 (respecto de las participaciones preferentes y deuda subordinada del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de

un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia»<sup>(26)</sup>. Esto ha sucedido, por ejemplo, ante «la urgencia de las reformas para reducir el déficit público excesivo apreciado por las instituciones comunitarias en el actual contexto de crisis económica»<sup>(27)</sup>; ante la necesidad de recuperar la «confianza y evitar incertidumbres sobre la capacidad de nuestro sistema financiero»<sup>(28)</sup>; ante «el riesgo de eventuales desviaciones al alza del déficit»<sup>(29)</sup>; frente a «las consecuencias económicas derivadas de un aumento del número de pensionistas que ha ido en paralelo a una disminución de las cotizaciones»<sup>(30)</sup>; ante la necesidad de reducir urgentemente «el incremento incesante del gasto farmacéutico dentro de la partida asignada al gasto sanitario»<sup>(31)</sup>; o, en fin, ante «la necesidad de consolidar el crecimiento de la actividad económica»<sup>(32)</sup>.

Es importante tener presente que en todos los supuestos citados la necesidad de adaptación debe ser coyuntural y no estructural, y debe estar cualificada por las notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, pues lo contrario «supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario» el conjunto de determinadas legislaciones, «lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes»<sup>(33)</sup>. Pero tampoco hay que soslayar que el

---

carácter financiero); 47/2015, de 5 de marzo, FJ 3 (con referencia a la reestructuración de las Cajas de Ahorro prevista en el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero); 93/2015, de 14 de mayo, FJ 8 (respecto del control de los desahucios por el Decreto-ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda); y 95/2015, de 14 de mayo, FJ 4 (en relación con la suspensión de la actualización de las pensiones prevista en el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social). Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que la pretendida «coyuntura económica problemática» no servía como justificación para la incorporación, por decreto-ley, al sistema contributivo de protección por desempleo de un colectivo como el de los trabajadores eventuales agrarios, que había permanecido excluido del mismo desde la creación del sistema de protección (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6, con relación al Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad).

(26) SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; 137/2003, de 3 de julio, FJ 3; 189/2005, de 7 de julio, FJ 3; 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 5; 68/2007, de 28 de mayo, FJ 6; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 4; 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 4; y 47/2015, de 5 de marzo, FJ 3.

(27) STC 81/2015, de 30 de abril, FJ 4.

(28) STC 47/2015, de 5 de marzo, FJ 5.

(29) STC 48/2015, de 5 de marzo, FJ 6.

(30) STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 4.

(31) STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 4.

(32) STC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4.

(33) STC 68/2007, de 28 de mayo, FJ 10 (respecto de la legislación laboral y de Seguridad Social). En muy pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha declarado la ausencia de una situación de extraordinaria urgencia que justificase el recurso al uso del decreto-ley como instrumento de normación inmediata. En una ocasión consideró que la necesidad de incorporar de manera inmediata al acceso a la protección social (prestaciones por desempleo) de colectivos hasta entonces desprotegidos (trabajadores eventuales agrarios) no contaba con una justificación suficiente [STC 68/2007, de 28 de mayo, FJ 12 (respecto del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad)]. Lo mismo sucedió con una medida relativa a la flexibilización y liberalización de los horarios comerciales, pues su entrada en vigor quedaba diferida unos años, lo que suponía, «en sí mismo, una contradicción con el uso del Decreto-ley», pues el Gobierno tenía «tiempo suficiente para realizar el cambio normativo sobre horarios comerciales que estimase oportuno a través (...) del procedimiento legislativo ordinario sin necesidad de acudir a la vía del Decreto-ley»

hecho de que exista una situación de crisis económica que pueda legitimar la necesidad urgente de adopción de determinadas medidas «anticrisis» no justifica, en modo alguno, la inclusión en el ordenamiento jurídico a través de ese instrumento extraordinario de aquellas medidas que «afecten» a los derechos y deberes de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución.

Sin perjuicio de la legitimidad constitucional del uso del decreto-ley para dar respuesta urgente a situaciones que requieren acciones normativas inmediatas y extraordinarias, lo que no cabe es que el Gobierno sustituya al Parlamento, en ningún caso, en la adopción de medidas que inciden en materias cuyo conocimiento le está expresamente vedado por el propio Texto Constitucional, soslayando el procedimiento legislativo parlamentario. Basta con echar un vistazo atrás y comprobar las medidas que se han adoptado por decreto-ley en materia de ingresos, de gasto y de derechos sociales, para tener una fundada duda sobre la eventual superación de los límites citados en muchos de los supuestos abordados.

El uso abusivo de una facultad excepcional como es la legislación de urgencia, hace palidecer los principios de legitimidad democrática directa y de legalidad que recaen inicialmente en la acción de las Cortes Generales en cuanto únicos representantes del pueblo soberano<sup>(34)</sup>.

### **2. El uso abusivo del derecho de enmienda en el Senado como forma de sustraer el debate parlamentario al Congreso: los «cavaliers législatifs»**

El derecho de enmienda se inserta dentro del ejercicio de la potestad legislativa que la Constitución atribuye a las Cortes Generales (artículo 66.2 CE) y tiene un carácter instrumental respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (artículo 1.1 CE). En efecto, el artículo 66.2 CE atribuye a las Cortes Generales el ejercicio de la potestad legislativa, siendo estas «el órgano que sirve de instrumento para el ejercicio por los ciudadanos de la soberanía participando en los asuntos públicos por medio de representantes»<sup>(35)</sup>, al haber diseñado nuestro Texto Cons-

---

[STC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 7 (con relación al Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios)]. Tampoco al introducirse la exigencia de la inscripción como demandante de empleo y el mantenimiento de la misma como requisitos necesarios para percibir y conservar el derecho a la prestación por desempleo se había explicitado la situación de extraordinaria y urgente necesidad [STC 27/2015, de 19 de febrero, FJ 7 (en atención al Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social)]. En fin, al mismo resultado llegó otra vez respecto de la modificación del régimen del silencio (que pasa de ser positivo a negativo) en materia de actos urbanísticos, pues se trataba de una medida que difícilmente encajaba en el concepto de extraordinaria y urgente necesidad, pues ni la incertidumbre e inseguridad jurídica que la regulación modificada generaba, ni la protección de los intereses generales, ni la de intereses particulares, podían justificar «la eliminación inmediata de la incertidumbre acerca de la obtención de la correspondiente licencia mediante una acción normativa de urgencia» [STC 29/2015, de 19 de febrero, FJ 5 (en referencia con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa)].

(34) STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9.

(35) STC 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3.a).

titucional «un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa»<sup>(36)</sup>. Eso sí, «tanto la iniciativa legislativa como el procedimiento parlamentario son instrumentos al servicio de la participación política y, por tanto, cauce para el ejercicio de la soberanía popular del conjunto de los ciudadanos en el Estado democrático participando en los asuntos públicos a través de sus representantes»<sup>(37)</sup>. Por esta razón, «el ejercicio de la potestad legislativa de las Cámaras debe contraerse a la materia y objeto de la iniciativa legislativa presentada por quién está legitimado para ello, de modo que la alteración sustancial de ese objeto desbordaría la función constitucional que la Constitución atribuye a las Cortes Generales»<sup>(38)</sup>.

En efecto, «el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes que sirve de instrumento al ejercicio de esa potestad no es de objeto indeterminado, pues el texto constitucional atribuye la iniciativa o la propuesta de iniciativa y, por tanto, confiere el derecho a su ejercicio, a una serie de legitimados [al Gobierno, al Congreso y al Senado (artículo 87.1 CE), a las Asambleas de las Comunidades Autónomas (artículo 87.2 CE) y a la iniciativa popular (artículo 87.3 CE)], únicos habilitados para promover la tramitación y aprobación de disposiciones legislativas a través de los cuales articular la voluntad del pueblo. Los proyectos de ley del Gobierno (artículo 88 CE) y las proposiciones de ley de los restantes legitimados (artículo 89.1 CE), como forma de articular la iniciativa legislativa son, pues, el “instrumento para poner en movimiento el procedimiento legislativo, (...) forzar el debate político y obligar a que los distintos grupos

(36) STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3.

(37) STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6.

(38) STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6. Por otro lado y como señala la Sentencia 2001/10091, de 9 de septiembre, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (expediente 01-008599-0007-CO) «[e]manan del principio democrático tanto el derecho de iniciativa, regulado en la Constitución, como el derecho de enmienda (...). Ambos se originan en ese principio y en su virtud constructiva. El primero implica participación, porque es el medio legítimo de impulsar el procedimiento legislativo para la producción de una ley que recoja los puntos de vista de quien la propone. El derecho de enmienda también es un medio de participar en el proceso de formación de la ley que hace posible influir en el contenido definitivo de ésta. Ambos derechos están necesariamente relacionados y han de ser observados durante el proceso formativo de la ley, pero ninguno de ellos puede tiranizar al otro (por regla general). Así, por ejemplo, no puede aprovecharse la enmienda para excluir de raíz la materia a la que el proyecto se refiere bajo la particular concepción de su proponente legítimo (ya fuera que se intente o no usurpar las ventajas de un proceso ya avanzado). Pero tampoco puede pretender que la iniciativa impone a la Asamblea el limitado deber de aprobar el proyecto o rechazarlo, sin posibilidad de ahorrarlo con arreglo a los diversos puntos de vista de los diputados (...). Si lo primero haría nugatorio el derecho de iniciativa, esto último equivaldría a obstruirle o negarle a la Asamblea el ejercicio de su función política transaccional, para la que naturalmente tiene mayor disposición y para la cual la Constitución la estructura (a partir de su artículo 105), y presumiblemente obstaculizaría o impediría de manera abusiva el juicio eficiente de la mayoría» (Considerando 4º). Posteriormente, la Sentencia 2006/05298, de 21 de abril, de la misma Sala (expediente 06-003324-0007-CO), insistiría en que «la garantía que proporciona el principio de conexidad para la protección, tanto del derecho de iniciativa, como del derecho de enmienda, en el marco del procedimiento legislativo, atiende esencialmente a la materia sobre la que versa el proyecto formulado originalmente. Es decir, lo que se pretende con la protección que otorga ese principio no es impedir u obstruir el ejercicio de lo que la Sala ha denominado “función política transaccional” y que se refiere a la posibilidad que tienen los diputados de ir ajustando con sus opiniones, dentro del marco que fija la iniciativa, el proyecto originalmente propuesto. Este marco se entiende definido, fundamentalmente, por la materia sobre la que versa el proyecto que, en consonancia con lo anterior, no podría ser excluida o modificada “de raíz” por la vía de enmienda» (Considerando IV).

políticos tengan que tomar expreso partido sobre la oportunidad de regular mediante ley una determinada materia”»<sup>(39)</sup>. Con ello, la Constitución está atribuyendo a aquellos legitimados el derecho «a suscitar el debate parlamentario sobre una materia determinada mediante el recurso a la iniciativa legislativa»<sup>(40)</sup>. La iniciativa legislativa no sólo es, entonces, una forma de participación de los legitimados en la potestad legislativa de las Cámaras parlamentarias, sino también un instrumento eficaz en sus manos que les permite obligar a que el Parlamento se pronuncie sobre la oportunidad o no de regular «una determinada materia»<sup>(41)</sup>.

La materia y el objeto del procedimiento «lo delimita, pues, el autor de la iniciativa legislativa, de modo tal que, cumplidos los requisitos reglamentariamente exigidos para su admisión a trámite, el procedimiento debe contraerse al mismo y actuarse bajo su marco, sin perjuicio, de que a través del ejercicio del derecho de enmienda los representantes de los ciudadanos puedan incidir en el texto de la iniciativa, rechazándolo (enmienda de totalidad con devolución del texto), alterándolo (enmienda de totalidad con proposición de texto alternativo) o modificándolo (enmiendas parciales de modificación, supresión o adición)»<sup>(42)</sup>.

Aunque no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de las Cámaras (Congreso y Senado) norma alguna que limite «el alcance de las enmiendas senatoriales que modifiquen el texto del proyecto enviado por el Congreso de los Diputados»<sup>(43)</sup>, lo cierto es que «uno de los requisitos de los que debe revestirse el ejercicio de la facultad de enmendar es el de que “versen sobre la materia a que se refiere el proyecto de ley que tratan de modificar”, de modo tal que haya una “correlación entre proyecto y enmienda”»<sup>(44)</sup>. Hay que tener presente que «la enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente, cuyo objeto y naturaleza ha sido determinado con anterioridad», de manera que «no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe nacer de una, también, nueva iniciativa»<sup>(45)</sup>.

Esa correlación material entre la enmienda y el texto enmendado «es inherente al carácter subsidiario o incidental, por su propia naturaleza, de toda enmienda respecto al texto enmendado», no bastando para cumplir con este requisito «una genérica correlación material entre la enmienda y el texto enmendado», al ser necesario no sólo «que se inscriban en el mismo sector material», sino también «que verse sobre el mismo objeto que el del texto enmendado» o, lo que es lo mismo, que haya «una

---

(39) SSTC 124/1995, de 18 de julio, FJ 3 (con relación a las proposiciones de ley); y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6.

(40) SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 3.B) (respecto de las iniciativas legislativas de origen parlamentario); y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6.

(41) SSTC 124/1995, de 18 de julio, FJ 3; 38/1999, de 22 de marzo, FJ 3.B); y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6.

(42) STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6.

(43) SSTC 194/2000, de 19 de julio, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 7; y 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 4.

(44) SSTC 23/1990, de 15 de febrero, FJ 5; 119/2011, de 5 de julio, FJ 6; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 7; y 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 4.

(45) STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6.

relación de homogeneidad» mínima y material entre las enmiendas y el texto enmendado (conexión de homogeneidad) y que aquéllas sean congruentes con éste (conexión de congruencia)<sup>(46)</sup>. No hay que olvidar que «una vez que una iniciativa legislativa es aceptada por la Cámara o Asamblea Legislativa como objeto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado, toda vez que esa función la cumple, precisamente, el ya superado trámite de enmiendas a la totalidad, que no puede ser reabierto»<sup>(47)</sup>.

Por consiguiente, hay una «exigencia general de conexión u homogeneidad entre las enmiendas y los textos a enmendar» que derivaría «del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado»<sup>(48)</sup>. Más concretamente, la facultad de enmienda senatorial a la que se refiere el artículo 90.2 CE queda limitada «a las enmiendas que guarden una mínima relación de homogeneidad material con los proyectos de ley remitidos por el Congreso», de manera que la Mesa de la Cámara debe efectuar «un control de homogeneidad entre las enmiendas

---

(46) ATC 118/1999, de 10 de mayo, FJ 4; y SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 7; 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; y 59/2015, de 18 de marzo, FJ 5.a). Así lo exige, por ejemplo, el Reglamento del Parlamento de Cataluña de 22 de diciembre de 2005 (DOC núm. 4553, de 18 de enero de 2006; BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2006), dentro de la Sección II («El procedimiento legislativo común») del Capítulo II («El procedimiento legislativo») del Título IV («Del funcionamiento del Parlamento»), al prever expresamente en su apartado III («Las enmiendas al articulado») que: «Las enmiendas pueden ser de supresión, de modificación y de adición. En los dos últimos supuestos, la enmienda debe contener el texto concreto que se propone como modificación o como adición, que debe ser congruente con el objeto material de la iniciativa legislativa. También pueden proponerse enmiendas de mejora formal de la iniciativa, de conformidad con las normas de técnica legislativa» (artículo 107.2). Sin embargo, aun cuando otros Reglamentos parlamentarios no lo exijan, como sucede, por ejemplo, con el Reglamento del Parlamento de Canarias de 17 de abril de 1991 que regula la facultad de enmendar de los diputados y grupos parlamentarios (artículos 121 y siguientes) en términos similares a cómo se recoge en el Reglamento del Congreso para los diputados y grupos parlamentarios nacionales (artículos 109 y siguientes), el Tribunal Constitucional ha considerado que también el derecho de enmienda en el procedimiento legislativo autonómico debe respetar «una “conexión mínima de homogeneidad con el texto enmendado», de manera que «toda enmienda parcial tiene que tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar», so pena de afectar, de modo contrario a la Constitución, tanto al derecho del autor de la iniciativa (artículo 87 CE), como al carácter instrumental del procedimiento legislativo (artículo 66.2 CE) y, en consecuencia, a la función y fines asignados al ejercicio de la potestad legislativa por las Cámaras» (STC 132/2013, de 5 de junio, FJ 3).

(47) STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6. Francia ha operado –mediante Ley Constitucional de 23 de julio de 2008– una modificación en su Constitución de 1958 para llevar al texto de su Carta Magna la doctrina del Consejo Constitucional que desde 1980 aprecia unos límites inherentes al derecho de enmienda exigiendo la vinculación material de la enmienda con el texto enmendado. De esta manera, la reforma pretende poner fin al uso de la figura del «cavalier» (disposiciones extrañas) y, concretamente, del «cavalier législatif», o lo que es lo mismo, al uso de enmiendas desprovistas de conexión alguna con el objeto del texto debatido. Para ello, primero se modificó el artículo 45.1 en el que se introdujo el principio de «conexión material»: «Todo proyecto o proposición de ley será examinado sucesivamente en las dos Cámaras del Parlamento para aprobar un texto idéntico. Sin perjuicio de la aplicación de los artículos 40 y 41, toda enmienda será admisible en primera lectura a condición de que presente un vínculo, aun indirecto, con el texto presentado o trasladado». Y luego, se modificó el párrafo segundo del artículo 44, en el sentido de permitir al Gobierno (al ser los proyectos de ley gubernamentales la forma más habitual de iniciar un procedimiento legislativo en este país) oponerse a cualquier enmienda: «una vez abierto el debate, el Gobierno podrá oponerse al examen de cualquier enmienda que no haya sido previamente sometida a la Comisión».

(48) SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8; 209/2012, de 14 de noviembre, FJ 4.b); 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; y 132/2013, de 5 de junio, FJ 3.

presentadas y la iniciativa legislativa a enmendar»<sup>(49)</sup>, eso sí, contando con un «amplio margen de valoración»<sup>(50)</sup>.

El derecho de enmienda al articulado, «como forma de incidir en la propuesta de quien tomó la iniciativa legislativa, debe ejercitarse entonces respetando la oportunidad, los principios y el espíritu de la propuesta del autor de la iniciativa»<sup>(51)</sup>, los cuales únicamente pueden cuestionarse a través de las enmiendas a la totalidad, si de un proyecto de ley se tratara, o en el debate de la toma en consideración, en el caso de las proposiciones de ley»<sup>(52)</sup>. Por esta razón, «toda enmienda de aquella naturaleza tiene que tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar, de modo que una vez que una iniciativa ha sido aceptada por la Cámara como texto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado»<sup>(53)</sup>. Con ello se evita que

---

(49) STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6. Esa misma exigencia de conexión u homogeneidad de la enmienda con el texto de la iniciativa legislativa se ha predicado respecto de las transaccionales por el Tribunal Constitucional (STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 5).

(50) SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 7; y 59/2015, de 18 de marzo, FJ 5.b). En el caso de las leyes de contenido heterogéneo (como sucede con las de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que se vienen aprobando cada ejercicio), aunque «la conexión de homogeneidad ha de entenderse de modo flexible que atienda también a su funcionalidad», «la pluralidad de las materias sobre las que versa en tales casos la iniciativa legislativa no las convierte en leyes de contenido indeterminado, ya que éste queda delimitado en el concreto texto presentado para su tramitación parlamentaria» [SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8; 209/2012, de 14 de noviembre, FJ 4.b); 120/2014, de 17 de julio, FJ 6; y 59/2015, de 18 de marzo, FJ 5.a)]. Eso sí, en el caso de estas leyes de contenido heterogéneo «la conexión reclamada no tiene que ser de identidad con las medidas previstas en el texto de la iniciativa sino de afinidad con las materias recogidas en el mismo» [SSTC 209/2012, de 14 de noviembre, FJ 4.b); 132/2013, de 5 de junio, FJ 3; y 120/2014, de 17 de julio, FJ 6]. Por esta razón, el Tribunal Constitucional consideró, de un lado, que la introducción en el texto del proyecto de ley de medidas fiscales aprobado en el Congreso de los Diputados, mediante dos enmiendas en el Senado, de una tasa portuaria de seguridad al pasaje marítimo y de una tasa de seguridad del transporte ferroviario de viajeros, tenía «una estrecha conexión con el objeto de la iniciativa, concretamente, con las medidas previstas en el capítulo III del título I (normas tributarias) del texto del proyecto»; y, de otro, que la introducción en el texto de la iniciativa mediante otra enmienda en el Senado de un impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos también guardaba «la necesaria relación de homogeneidad con las medidas previstas en la sección segunda (impuestos especiales) del capítulo II (impuestos indirectos) del mismo título I (normas tributarias)» [STC 209/2012, de 14 de noviembre, FJ 4.b)]. También ha apreciado que la introducción en el texto del proyecto de ley de medidas fiscales de una tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo mediante una enmienda en el Senado, contaba con «la referida conexión con el objeto de la iniciativa legislativa» y era «congruente con su objeto, espíritu y fines esenciales» (STC 120/2014, de 17 de julio, FJ 6). Y, en el mismo sentido, el Tribunal ha considerado que la introducción de un «impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito» mediante una enmienda en el Senado al texto de una iniciativa relativa a la adopción de diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica (que terminaría siendo aprobada como la Ley 16/2012, de 27 de diciembre), lo era sobre «una norma cuyo contenido tributario resultaba evidente, aunque incluyendo distintos tributos», por lo que «no puede afirmarse que exista una total falta de homogeneidad o desconexión» [SSTC 59/2015, de 18 de marzo, FJ 6.b); y 73/2015, de 14 de abril, FJ 3.c)]. Por último, el Tribunal Constitucional ha considerado, de un lado, que relativiza las exigencias de homogeneidad «la poca entidad de las previsiones normativas» [STC 209/2012, de 14 de noviembre, FJ 4.b)]; y, de otro, que la falta de entidad cualitativa impide «que pudiera justificar la necesidad de la tramitación individualizada de una iniciativa legislativa» (STC 132/2013, de 5 de junio, FJ 3).

(51) No olvidemos que, como señala el artículo 110.3 del Reglamento del Congreso, la facultad de enmendar debe versar «sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley» (artículo 110.3 del Reglamento del Congreso).

(52) STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8.

(53) STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8.

a través del procedimiento parlamentario se desnaturalicen las propuestas presentadas por quienes están así legitimados para ello, transmutando lo que fue el objeto de su propuesta y aprovechando el procedimiento legislativo activado para la introducción *ex novo* de materias ajenas al mismo. Presentada, pues, una iniciativa legislativa, la actividad del Parlamento (primero, la del Congreso, y a continuación, la del Senado) tiene que contraerse, en una relación de subordinación, no sólo a la materia o sector material al que pertenece la iniciativa (conexión de homogeneidad), sino también al objeto del texto enmendado (conexión de congruencia)<sup>(54)</sup>.

Pues bien, no cabe duda de que en el seno del procedimiento legislativo general, el Congreso y el Senado no están situados en una misma posición, ni son exactamente las mismas sus facultades formales dentro del proceso de adopción de la ley<sup>(55)</sup>, dado que nuestro Texto Constitucional «ha consagrado un sistema parlamentario en el que en la formación de voluntad de sus Cámaras se prioriza al Congreso sobre el Senado (artículo 90 CE)»<sup>(56)</sup>. Pero tampoco cabe duda de que el uso de las enmiendas senatoriales para introducir en el texto de la iniciativa aprobada por el Congreso nuevas materias, por mucho que puedan guardar una mínima o genérica conexión de homogeneidad, altera el objeto y fines del ejercicio de la potestad legislativa que corresponde a las Cortes Generales (artículo 66.2 CE), y, en concreto, a cada Cámara, afectando a la facultad del Congreso de participar en el ejercicio de la función legislativa en los términos en los que le ha sido atribuida, para terminar concediendo a la Cámara de segunda lectura una preeminencia que nuestro Constituyente nunca quiso otorgarle.

Con esa práctica se acaba provocando «un déficit democrático en el proceso de elaboración de las normas que contradice el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático y que debe presidir necesariamente la tramitación de toda iniciativa legislativa (artículo 1.1 CE)»<sup>(57)</sup>.

---

(54) Aunque el Tribunal Constitucional había limitado la exigencia de conexión exclusivamente a la de homogeneidad, pero no a la de congruencia (SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8), sin embargo, dos Sentencias posteriores han aplicado también el canon de la «congruencia» con fundamento en una antigua doctrina del propio Tribunal Constitucional (sentada en el ATC 118/1999, de 10 de mayo, FJ 4) que había sido expresamente superada por la citada STC 119/2011. Se trata, por un lado, de la STC 132/2013, de 5 de junio, que considera que la introducción de enmiendas en materia de organización administrativa, gestión administrativa, regímenes sancionadores administrativos y personal al servicio de la Comunidad Autónoma canaria, en el texto de una iniciativa que hacía referencia a medidas de organización, gestión, regímenes sancionadores y personal de la Comunidad Autónoma, «no sólo no está huérfana de la necesaria conexión material con el objeto de la iniciativa (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8), sino que es congruente con su objeto, espíritu y fines esenciales (ATC 118/1999, de 10 de mayo, FJ 4)» (FJ 3). Y, por otro lado, de la STC 120/2014, de 17 de julio, que aprecia que «la introducción de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo no incurrió en inconstitucionalidad alguna, al existir no sólo la referida conexión con el objeto de la iniciativa legislativa que dio lugar a la Ley impugnada en el presente proceso constitucional. (STC 132/2013, FJ 3), sino que es congruente con su objeto, espíritu y fines esenciales (STC 132/2013, FJ 3)» (FJ 6).

(55) SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 7.

(56) STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 5.

(57) STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8. Eso sí, el Tribunal Constitucional considera que sólo cuando la inobservancia de las reglas del procedimiento legislativo «altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» quedará viciada de inconstitucionalidad la ley [SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1.a); 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 5; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8]. Por tanto, no es suficiente, en consecuencia, «cualquier vicio o inobservancia de los previstos en las normas que regulan el

### IV. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN: DEL DÉFICIT FINANCIERO AL DÉFICIT DEMOCRÁTICO

La grave crisis económica que nos ha venido afectando en los últimos tiempos ha hecho imprescindible la adopción de toda clase de medidas tendentes al aumento de los ingresos, a la contención del gasto, a la reducción del déficit y, en fin, a la limitación del endeudamiento. Sin embargo, la legitimidad del fin perseguido no justifica, en ocasiones, ni la naturaleza de las medidas adoptadas (por ejemplo, el recurrir a una amnistía fiscal para lograr un aumento de la recaudación impositiva o el imponer el pago de tasas por el uso de servicios esenciales en un Estado que se denomina asimismo como social), ni el modo de insertarlas en el Ordenamiento jurídico (bien mediante el uso de disposiciones normativas no parlamentarias aprobadas por vía de urgencia, bien mediante la introducción de enmiendas en la Cámara de segunda lectura).

Cuando la regulación de un determinado ámbito vital de las personas que debía depender exclusivamente de la voluntad de sus representantes expresada a través de la ley, se sustituye por el recurso a instrumentos normativos que, aunque lícitos constitucionalmente, adolecen de un importante déficit democrático, o se articula mediante el uso de técnicas parlamentarias que, si bien legales, afectan al ejercicio mismo de la función representativa que corresponde a los representantes democráticos de los ciudadanos, se está haciendo padecer gravemente no sólo al principio de legalidad (artículo 9.3 CE), fundamento último de la actuación de los poderes públicos, sino al principio democrático (artículo 1.1 CE), fundamento axiológico de la existencia misma del Estado.

El recurso al uso de instrumentos legislativos que adolecen de un importante déficit democrático en su aprobación inicial y, por tanto, que debiendo ser extraordinarios terminan convirtiéndose en ordinarios, supone una clara usurpación de funciones que, legítima y constitucionalmente, corresponden al ejercicio regular por las Cortes Generales de su potestad legislativa (artículo 66.2 CE). Además, debilita el principio de legalidad tan duramente conquistado a lo largo de los siglos, al sustraer a los representantes legítimos del pueblo, el debate y aprobación de una materia respecto de la que nuestra Constitución ha consagrado el imperio de la ley, no sólo como presupuesto de la actuación del Estado sino, ante todo, como garantía de los ciudadanos precisamente frente a los actos del poder. Como ha señalado recientemente el Tribunal Constitucional «[I]a exigencia en materia tributaria de ley formal aprobada en el Parlamento está en los orígenes mismos del parlamentarismo (“*no taxation without representation*”). Es a través de ella como se asegura el principio democrático y la supremacía financiera del Parlamento mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario»<sup>(58)</sup>. La ley es, pues, una «garantía instrumental de la supremacía fi-

---

procedimiento parlamentario para declarar la eventual inconstitucionalidad de la norma o disposición con que se pone fin al mismo», pues «tal inconstitucionalidad sólo se producirá si el vicio o inobservancia denunciada afecta esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios, de modo que solo los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir a su declaración de inconstitucionalidad» [SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9; 102/2012, de 8 de mayo, FJ 3; y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 4.a)].

(58) STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2.

nanciera de la Cámara y del principio democrático (artículos 1.1 y 66.1 CE)»; es «una garantía destinada, no a impedir la incidencia sobre la esfera vital de las personas, sino a asegurar que la impongan quienes les representan»<sup>(59)</sup>. El decreto-ley sólo puede ser, entonces, un instrumento extraordinario, excepcional, y no, como viene sucediendo en los últimos tiempos, una forma ordinaria de normación, esto es, de regulación de la esfera jurídica de los ciudadanos.

Por otra parte, esta vez dentro del procedimiento de aprobación de la ley, la introducción de enmiendas en la Cámara de segunda lectura, aun cuando no estén faltas de la mínima relación de conexión u homogeneidad con el texto de la iniciativa debatida, implica una afectación a la facultad del Congreso de participar en el ejercicio de la función legislativa en los términos en los que le ha sido constitucionalmente atribuida. Además, provoca un déficit democrático en el proceso de elaboración de las normas que contradice el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático (artículo 1.1 CE). No olvidemos que dentro del proceso de aprobación de una ley, el Congreso y el Senado no están situados en una misma posición, ni son iguales sus facultades, habiendo consagrado nuestro Texto Constitucional un sistema parlamentario en el que en la formación de voluntad de sus Cámaras se prioriza al Congreso sobre el Senado (artículo 90 CE).

A lo anterior se puede unir ahora un nuevo ejemplo de ese aumento del déficit democrático en el ejercicio del poder. Recientemente se ha publicado la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016<sup>(60)</sup>, tres días después de la finalización de la X Legislatura, de la disolución de las Cortes Generales y de la convocatoria de elecciones generales<sup>(61)</sup>. La razón de esa aprobación se halla en continuar con el «objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria» (apartado I del Preámbulo, párrafo 8º). Pues bien, hay que recordar en este momento que el presupuesto es «la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos»<sup>(62)</sup>. Por esta razón, los artículos 66.2 y 134.1, ambos de la Constitución, consagran el principio de legalidad presupuestaria al atribuir a las Cortes Generales la función de examinar, aprobar y enmendar los presupuestos generales del Estado. La Ley de Presupuestos es, entonces, «una ley

---

(59) STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 3.

(60) BOE núm. 260, de 30 de octubre.

(61) Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (BOE núm. 257, de 27 de octubre). No obstante, hay que tener presente que la Ley fue aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados en su sesión de 20 de octubre de 2015 [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 27 de octubre de 2015, núm. 163-12, p. 1], produciéndose la sanción real el día 29 de octubre siguiente.

(62) STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 3.

singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el artículo 66.2 CE atribuye a las Cortes Generales: es una ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del Gobierno»<sup>(63)</sup>. Se trata, en definitiva, de una ley con una función específica y constitucionalmente determinada como es la de «fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa»<sup>(64)</sup>. Ante esto, ¿cómo puede autorizar un Parlamento pretérito el «programa político, económico y social» de un Gobierno futuro? ¿Acaso se puede otorgar la confianza, por quien ya no existe, al programa político de un Presidente del Gobierno por designar? ¿Se puede constreñir por un Parlamento disuelto la acción de un Gobierno entrante?

En fin, el que el medio utilizado sea lícito no otorga, *per se*, la legitimidad necesaria para adoptar cualquier clase de medidas a su través. El cumplimiento de los objetivos de la estabilidad y sostenibilidad financiera no puede provocar, en ningún caso, la generación de un déficit democrático. Sin embargo, la introducción de medidas relativas a los ingresos de Estado, a su gasto público o a los derechos sociales de los ciudadanos, mediante el recurso al decreto-ley, como forma ordinaria de normación, o mediante la incorporación de enmiendas en la Cámara de segunda lectura, como forma habitual de actuación, provocan una crisis aún más grave que la económica: la crisis del Estado social y democrático de Derecho. El principio mayoritario no puede sustituir, sin más, al principio democrático. Es verdad que sin ley no hay orden, pero sin valores no hay democracia.

## V. BIBLIOGRAFÍA RELACIONADA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: «Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía», en *La Constitución Económica*, Cuadernos y Debates, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Tribunal Constitucional, núm. 223, Madrid, 2012, pp. 77 y ss.
- ARCE JANÁRIZ, Alberto: «El derecho de enmienda visto por el Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 151 y ss.
- BERGOUIGNOUS, Georges: «Le droit d'amendement parlementaire et la révision constitutionnelle», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, núm. 6, 2000, pp. 1609 y ss.
- CARMONA CONTRERAS, Ana M<sup>a</sup>: *La configuración constitucional del decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- «El decreto-ley en tiempo de crisis», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 47, 2013, pp. 1 y ss.

---

(63) STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4.

(64) STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 7.

- CARRILLO LÓPEZ, Marc: «El decreto-ley: excepcionalidad o habitualidad», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 11, 1987, pp. 47 y ss.
- «Reforma constitucional, finanzas públicas y una consecuencia: el abuso del decreto ley y la vulneración de derechos sociales», en *Gaceta sindical*, núm. 23, 2014, pp. 161 y ss.
- DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, Alberto: «De nuevo sobre el derecho de enmienda y sus límites. La congruencia entre la enmienda y el objeto del proyecto o proposición de ley a que se refiere y su deseable proyección sobre las leyes de acompañamiento», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, 2002, pp. 113 y ss.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad: «De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos. ¿Es contradictoria la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre elaboración de las leyes?», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 199 y ss.
- GRANGER, Marc-Antoine: «La rénovation du droit d'amendement», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 75, 2008, pp. 585 y ss.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio: «Función, contenido y límites de la ley de presupuestos generales del Estado en España en la jurisprudencia del tribunal constitucional», en *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, Tomo I, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 293 y ss.
- PICCIRILLI, Giovanni: *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Cedam, Padova, 2008.
- RECODER VALLINA, Tatiana: «El contenido del derecho de enmienda a la luz de las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 119/2011, de 5 de julio y STC 136/2011, de 13 de septiembre», en *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011, pp. 213 y ss.
- REDONDO GARCÍA, Ana María: «El derecho de enmienda como instrumento de integración del pluralismo político en la fase central de los procedimientos legislativos de las Cortes Generales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 50, 2001, pp. 189 y ss.
- *El derecho de enmienda en los procedimientos legislativos de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.
- «Una oportunidad perdida. Comentario a la STC 136/2011, de 13 de septiembre», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, pp. 387 y ss.
- SÁNCHEZ GARRIDO, José Antonio: «Procedimiento legislativo: exigencia general de conexión u homogeneidad entre las enmiendas y los textos a enmendar», en *Diario La Ley*, núm. 7775, 2012.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: «Iniciativa legislativa parlamentaria. Problemática de las enmiendas», en *El Procedimiento Legislativo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 237 y ss.
- SANZ PÉREZ, Ángel Luis: «El procedimiento legislativo en la jurisprudencia Constitucional: los antecedentes, los plazos y las enmiendas: comentario a la STC 136/2011», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2011, pp. 77 y ss.

## **DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016**

---

VISIEDO MAZÓN, Francisco Joaquín; SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: *Las enmiendas en el procedimiento legislativo*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Cartagena, 2000.

# EL SISTEMA PROGRESIVO: EL ORIGEN DE UNA DISPUTA ENTRE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS MILITAR Y CIVIL

Juan Victorio SERRANO PATIÑO

*Doctor en derecho. Abogado.*

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

*«Al bien jamás le hace falta premio. Más quiero ser malo con esperanza de ser bueno, que bueno con el propósito de ser malo»*

MIGUEL DE CERVANTES

*«La perseverancia es invencible. Es por ello que el tiempo, en su acción, destruye y derriba toda potencia»*

SENECA

## RESUMEN

### **El sistema progresivo: el origen de una disputa entre los sistemas penitenciarios militar y civil**

El presente trabajo profundiza sobre el sistema progresivo, modelo que en la ejecución de las penas privativas de libertad prefiere el ámbito penitenciario militar al sistema de individualización científica que impuso la Ley Orgánica General Penitenciaria en 1979 aunque se haya ido modulando a consecuencia de las últimas reformas operadas en España en 2003.

**Palabras clave:** Sistema penitenciario progresivo, sistema de individualización científica, sistema penitenciario militar español, cumplimiento de penas militares, tratamiento penitenciario militar, régimen penitenciario militar.

## ABSTRACT

### **The progressive system: the origins of a dispute between the military and civilian prison systems**

This paper elaborates on the progressive system, model who prefers the prison military sector the system of scientific identification imposed by General Law prison in 1979 although it is has been modulating the latest reforms operated in Spain in 2003 as a result in the execution of the custodial sentences.

**Keywords:** Progressive prison system, system of scientific identification, Spanish military prison system, compliance penalties military, military prison treatment, military prison regime.

---

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. AFLORAMIENTO.
- III. EVOLUCIÓN.

- IV. CONFIGURACIÓN.
  - V. APARICIÓN DEL SISTEMA CIENTÍFICO, REBROTE DEL PROGRESIVO Y MANIFESTACIÓN DEL SISTEMA CIENTÍFICO PROGRESIVO.
  - VI. CONCLUSIONES.
  - VII. BIBLIOGRAFÍA.
  - VIII. ABREVIATURAS UTILIZADAS.
- 

### I. PLANTEAMIENTO

El sistema penitenciario militar dominó en España hasta muy avanzada la segunda mitad del siglo XIX y contribuyó al desarrollo del derecho penitenciario desde la creación misma de la ciencia penitenciaria, gracias a personas vinculadas al mundo castrense<sup>(1)</sup>, en los que el sentido práctico, la utilización eficaz de los medios y los conceptos de premio o castigo en función de los méritos o los deméritos, forman parte de su idiosincrasia, por lo que no es raro imaginar, que quienes tuvieron la responsabilidad de dirigir un establecimiento penal, como Abadía o Montesinos, no lo concibieran sólo como un mero depósito; o mejor dicho como una cloaca para que se pudrieran sus huéspedes, sino que pergeñaran un sistema que funcionara con eficacia y en donde tras «un periodo inicial o de instrucción», se pudieran transformar las carencias de aquellos que ingresaron degradados, utilizando para ello los medios que tenían a su alcance: trabajo, disciplina, premio o castigo. El sistema, por otro lado, se beneficiará con el trabajo del presidiario y a éste siempre le queda la esperanza de purgar sus culpas y, con trabajo y buena conducta, volver a recuperar su bien máspreciado, su libertad.

Como acertadamente pone de manifiesto GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS el proceso concreto para la reforma penitenciaria en España fue largo y ocupó prácticamente todo el siglo XIX dentro de lo que podríamos distinguir dos oleadas sucesivas: En una primera fase se trató de establecer la clasificación de los reos, para superar las viejas cárceles de aglomeración. A continuación, ya pasada la primera mitad del siglo los esfuerzos se orientaron hacia la difusión de los sistemas más refinados de aislamiento. Y suscribo cuando afirma que «los primeros tanteos que apuntaban hacia la clasificación tuvieron un carácter bastante restrictivo, puesto que comenzaron con los establecimientos considerados más duros, que eran algunos de los que quedaban bajo la disciplina militar».

La aparición de la Ley de Prisiones, de 26 de julio de 1849, implicará que existan prisiones civiles<sup>(2)</sup> que dependan del Ministerio de la Gobernación y otras militares bajo

---

(1) GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*. Editorial Opera Prima. Madrid 1997, p. 13, señala a Abadía, Comandante-Director de Cádiz y Málaga; Montesinos, de Valencia; Alegret, de Ceuta; Puich y Lucá, de la Ciudadela de Barcelona; Guyón, de Zaragoza; Haro, de Granada o el Capitán General de Andalucía, don Tomás Morla.

(2) Desde 1887, por Ley de Presupuestos, del de Gracia y Justicia, según recuerda GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la Pena*. Madrid. 1985, págs. 97 y 98; y también en su obra GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*. Ministerio de Justicia 1989, p. 89.

la dirección del Ministerio de la Guerra, situando GARCÍA VALDÉS<sup>(3)</sup>, precisamente a partir de este momento histórico, la separación entre el derecho penitenciario civil y militar.

En todo caso y, a sensu contrario, no podemos constatar una separación absoluta entre los distintos establecimientos penitenciarios con la Ley de 1849, ya que los empleados de las prisiones civiles seguían siendo militares, con nombramiento expedido por el Ministerio de Gobernación en el caso de los presidios peninsulares o por el Ministerio de Ultramar para los situados en ultramar aunque, siempre y en ambos casos, serían nombrados a propuesta del Ministerio de Guerra, de lo que se colige que, al menos desde un punto de vista ortodoxo, esta separación no ocurrirá sino el 23 de junio de 1881, fecha en el que se crea el Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales, que prestarían servicios en las prisiones comunes.

A partir de ahí, de forma progresiva y paulatina, se empezará a vislumbrar, distintas maneras de concebir la realidad penitenciaria pero lo que realmente separa los dos sistemas, civil y militar, es el distinto modelo de concepción de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En el fondo es la misma dialéctica irreconciliable entre dos clásicos: Por un lado Cadalso, defensor del sistema progresivo, y por el otro, Salillas, favorable de un sistema correccional e individualizado. Y estas tensiones todavía perduran en la actualidad, a pesar que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria* diseñara un sistema de individualización científica que asumiría subsidiariamente el sistema militar, lo cierto es que las reformas operadas en 2003, principalmente con la Ley de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, rompen la pureza del sistema y nos conducen a un modelo intermedio en el derecho penitenciario ordinario, en tanto que en el sistema penitenciario militar, rija un sistema que pudiéramos denominar científico progresivo.

## II. AFLORAMIENTO

El siglo XIX fue superando el fin retributivo de las penas, seguramente por la influencia de la ilustración, el humanismo<sup>(4)</sup> y la enciclopedia, los que sin duda hicieron mella en el sistema penitenciario español, originando un cambio de mentalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad hasta entonces utilizadas.

Sin embargo, LLORENTE DE PEDRO<sup>(5)</sup>, quiere desmarcarse de aquellas ideas erróneas que han sido difundidas a lo largo del tiempo sobre la mala alimentación que se les daba a los condenados, porque si fuera así, no podrían cumplir con los duros cometidos a los que se veían obligados y afirma que «era esencial proveerles del sustento para que pudiesen laborar sin desfallecer, extremo acreditado sencillamente al comprobar que

(3) GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*..., ob. ya cit., p. 116.

(4) Que ya se había abierto paso en el siglo XVIII con la influencia del Marqués de Beccaria y su obra en 1764 *De los delitos y las penas*.

(5) LLORENTE DE PEDRO, P.A., *La ejecución de pena de presidios en el norte de África durante el antiguo Régimen* (Tesis doctoral dirigida por el Dr. D. Carlos García Valdés). Departamento de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (TD 04934 00002186125). Madrid 2004, p. 38.

muchos lograron cumplir esas condiciones con condenas de más de 20 años; además a los soldados con frecuencia les aplicaron el mismo fin con parecidas raciones».

GARRIDO GUZMÁN<sup>(6)</sup>, sin embargo, pone el acento en dos males endémicos, como eran pobreza y desgobierno, afirmando: «En la segunda mitad del siglo XIX la situación penitenciaria en España, como consecuencia de la pobreza y el desgobierno de la Administración pública, era verdaderamente lamentable. La distancia entre los textos legales y la práctica carcelaria era muy grande».

En la época en la que nos encontramos, el siglo XIX, parece cuajar la idea que la penitenciaría, además de coadyuvar con la finalidad de la expiación, también puede ser utilizada para corregir al delincuente, dividiendo su condena en varios periodos hasta su excarcelación definitiva.

El llamado «sistema progresivo» no surge por la eliminación automática de otro sistema sino que poco a poco se va imponiendo a consecuencia de la implantación de determinados modelos, siendo importante en todos ellos, el trabajo y la buena conducta para que el penado pudiera recobrar la libertad.

Aunque algunos autores tratan de encontrar o apuntar orígenes muy antiguos en todo esto, lo cierto es que el modelo progresivo surge en la época decimonónica, periodo en el que se forjaron muchos de los elementos esenciales penitenciarios que hoy tenemos, como carretera nacional trazada sobre calzada romana. No puede desconocerse que sus elementos fundamentales, como son la idea de la expiación, trabajo y el periodo de confianza hasta llegar a la libertad, pudieran tener un paralelismo con los conceptos cristianos del purgatorio, paraíso o infierno, previo al juicio final, pero de ahí a buscar un precedente histórico, como postula RIVERA BEIRAS<sup>(7)</sup>, hay un abismo. Una cosa son los valores que han moldeado el pensamiento de muchas de las generaciones presentes, y otra cosa son propiamente los antecedentes, de suerte que pudiera admitirse, por ejemplo, que el indulto deviene del concepto bíblico del perdón pero, desde luego, no estaríamos ante una institución, que tenga su origen hace 2000 años.

Y quien sino GARCÍA VALDÉS<sup>(8)</sup> para describir esta génesis: «Venimos, pues de algo no muy concordante con lo que nos circundaba. Y los buenos principios anticipan, generalmente los mejores finales. Ni con total soledad, ni encierro sin concesiones, ni tampoco deportación colonial<sup>(9)</sup>, ni permanente firmeza, ni excesiva inflexibilidad

---

(6) GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Edersa. Madrid 1983, p. 118.

(7) RIVERA BEIRAS, I., *La Cuestión Carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*. Ediciones del Puerto s.r.l. Buenos Aires 2006, pp. 21 y 22, sobre su nota 25, apunta que en el sistema penal de la Inquisición cabía la posibilidad de sustituir la pena capital por la de cárcel perpetua, encontrando un lejano antecedente del sistema penitenciario «progresivo» que aparecerá en la legislación ordinaria varios siglos después.

(8) Lo apuntó en la Ponencia presentada en las Jornadas sobre Investigación en Archivos, relativa a *La Administración de Justicia en la Historia de España*, en el Archivo Histórico Provincial de Guadalajara, el 14-11-1997, que quedó reflejada en su obra *Del presidio a la prisión modular*. Editorial Opera Prima. Madrid 1997, p. 52.

(9) DE COSSÍO Y GÓMEZ-ACEBO, M., *Sustitutivo legal de la pena de muerte y régimen penitenciario*. Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra». Madrid 1914, p. 90, señala con motivo del segundo Congreso penitenciario Español, celebrado en la Coruña en junio de 1914 «el principal inconveniente de la deportación, por lo que afecta a nuestra patria, está en la falta de sitio, adonde dirigir la emigración penal, pues si las colo-

de trato, ni ese relevante desprecio de otros países hacia los delincuentes. Todo muy español. Con buena inventiva y, al comienzo, no muchos medios».

Por lo tanto, combinando la necesidad de arbitrar un sistema de ejecución en las penas privativas de libertad y superando las formas atávicas de acuerdo con la mentalidad emergente de la ciencia penitenciaria, surge el sistema progresivo, de la mano del ámbito castrense, cuyos criterios gobernaban en el sistema penitenciario español.

### III. EVOLUCIÓN

Las Constituciones españolas de 1812 y 1876 señalaron los fines de la ejecución de las penas. La de Cádiz, afirmando que «*las cárceles servirán para asegurar y no molestar a los presos*» (artículo 297) o la Constitución de 1876, señalando que «*toda persona tiene derecho, caso de caer en culpa o delito, a la corrección y purificación por medio de la pena*» (artículo 8). Cabe recordar que, en el caso de la Constitución gaditana, la idea reflejada había sido plasmada de idéntica forma en el dictamen del proyecto de Reglamento elaborado por la Comisión de Justicia de las Cortes de Cádiz «para que las causas criminales tengan un curso más expedito que los perjuicios que resultan a los reos de una arbitrariedad de los Jueces», así que «las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia, y deberán ser las más anchurosas y sanas, y con las comodidades posibles»<sup>(10)</sup>.

GARCÍA VALDÉS<sup>(11)</sup> en el terreno que nos ocupa distingue la siguiente evolución en el sistema penitenciario español, a lo largo de tres fases:

1. Reunificación normativa y adaptación al sistema progresivo irlandés (1901-1930).
2. Consolidación estructural del sistema progresivo, hasta 1968 (II República, leyes en plena guerra y leyes de la posguerra y posteriores).
3. Aproximación a fórmulas internacionales (de 1968 a 1979).

La Ordenanza de Presidios peninsulares de 1807 que concebía la pena de prisión como medida correctora y dividía el periodo de condena en varios periodos, que premiaban el trabajo y la buena conducta, puede ser un precedente<sup>(12)</sup> del sistema progresivo,

---

*nias de Fernando Póo pueden reunir condiciones para albergar los penados, se lucharía con la impresión que a los bubis y demás pobladores, causaría ver a los blancos tratar a los deportados penados con el rigor que su situación requeriría...».*

(10) Cfr. REVIRIEGO PICÓN, F., «Los derechos de las personas privadas de libertad», *Cultura de la paz y grupos vulnerables. Libro II. Historia de los derechos fundamentales Tomo IV. Siglo XX*, Madrid 2014, pp. 989 y ss.

(11) GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario Militar: una aproximación histórica*. Derecho Penitenciario Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 39, fas/Mes 3, 1986, p. 777; también, el citado autor en *EL Derecho Penitenciario Militar: Sus Orígenes*. Anuario de derecho penal y ciencias sociales. Tomo 45. 2012, editado por el Ministerio de Justicia (Centro de publicaciones y Agencia Estatal BOE), pp. 5 a 23.

(12) GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*..., ob. ya cit., p. 95 y, a la vista de su nota 15 con cita de CUELLO CALÓN, *Penología*. Madrid 1920, p. 142 y en el mismo autor *La Moderna*

por cuanto los penados debían de pasar por determinadas periodos temporales, previa a su excarcelación definitiva, elemento intrínseco en el llamado periodo progresivo.

Sin duda alguna, la influencia de Maconochie<sup>(13)</sup> en Inglaterra, Obermayer<sup>(14)</sup> en Alemania, Crofton<sup>(15)</sup> en Irlanda y la del Coronel Montesinos en nuestro país<sup>(16)</sup>, contribuyeron a la configuración del sistema progresivo, teniendo en común todos los modelos la progresión del condenado, mediante dos elementos, como eran trabajo y buena conducta, de manera que a medida que se van consolidando estos dos parámetros, aumentan las ventajas del interno hasta la consecución de su libertad definitiva.

Manuel Montesinos y Molina<sup>(17)</sup> (1776-1862) tuvo una doble experiencia antes de la creación de su genuino modelo, primeramente, porque fue prisionero de guerra de los franceses (1809 a 1814) al haber participado, dentro de la guerra de la Independencia,

---

*penología*, p. 366 y de su nota 16, referente a SALILLAS, *Prioridad de España en las determinaciones del Sistema penitenciario progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX*. Madrid 1913, y *Evolución Penitenciaria en España, II*. Madrid 1919, pp. 225 y siguientes, señala: «Como acertadamente recogió Cuello Calón, el sistema que alude la Ordenanza y que Salillas intuyó como el primer sistema penitenciario progresivo-correccional, es el precedente más seguro de aquel régimen de raigambre europea, y aún española, lo conociera o no Maconochie...».

(13) Alexandre Maconochie en 1840 fue nombrado gobernador de la isla de Norfolk (Australia), creando un sistema que tenía en cuenta la pena impuesta y la gravedad del delito y, en función de ello, el tiempo de permanencia en prisión dependía de alcanzar un determinado número de vales o marcas, dividiendo la condena en los siguientes periodos: a) Periodo de Prueba: Aislamiento pleno, trabajo penoso y escasa alimentación. b) Periodo de Trabajo: Trabajo común diario bajo la regla del silencio y aislamiento nocturno. Al interno se le clasificaba en cuatro clases y dependiendo de los vales o marcas que tuvieran, cuando alcanzaban la primera categoría, podían alcanzar la libertad condicional. c) Periodo de Libertad Condicional que equivalía a libertad con ciertas restricciones.

(14) George M. Von Obermayer fue el Director de la prisión Kaiserlantern (1830) en Baviera y de la prisión de Múnich (1842), creando un sistema de división de la condena en los siguientes estadios: a) Primer estadio: Vida en común diario bajo la regla del silencio. b) Segundo estadio: Después de la observación del interno se le destinaba con un grupo de 25-30 presos heterogéneo para no crear un clima distinto al de la sociedad. c) Tercer estadio: En función del trabajo desarrollado podía obtener la libertad anticipándose una tercera parte a la condena.

(15) Walter Crofton fue Director de prisiones de Irlanda y su sistema dividía la condena en cuatro periodos, siendo necesario como en el sistema de Maconochie la posesión en el penado de un determinado número de vales o marcas para progresar a un periodo más ventajoso. A saber: a) El primero: Aislamiento celular diurno y nocturno. b) El segundo: Trabajo común diario bajo la regla del silencio y aislamiento nocturno. c) El tercero o intermedio: Se cumplía en prisiones distintas, normalmente para realizar trabajos en el exterior preferentemente agrícolas, retribuyendo al recluso al que se le venía a equiparar al obrero ordinario. d) El cuarto o libertad condicional: El recluso era liberado para cumplir la última fase de la condena en libertad.

(16) Con comprensiva emoción, compartida, GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio...*, ob. ya cit., en la p. 52 señala: «... Nuestros grandes penitenciaristas fueron transformando el sistema sin precedentes. Ésta será, desde entonces, una vieja y absoluta deuda, no siempre satisfecha por todos. Sin Arenal, Lastres, Salillas o Cadalso el avance hubiera sido más espinado y sin la persuasión del Coronel Montesinos y, luego Posada Herrera, en el Gobierno, casi imposible. El horizonte se hizo, así, más despejado».

(17) Es considerado el padre del sistema progresivo y así lo manifestó el propio Walter Crofton en el primer Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Londres. Quizá su precedente, en el ámbito penitenciario militar fue Abadía, creador de los Reglamentos de 1802, 1805, 1807 y autor de la Ordenanza General de los Presidios Peninsulares de 1834.

La Ordenanza de 1834, que rigió hasta 1901, concebía un sistema muy parecido al progresivo, ya que clasificaba los presidios en función de la duración de la penas y contemplaba la reducción de las mismas, una vez cumplida la mitad de la condena, si se mostraba arrepentimiento o corrección.

Sobre el sistema y la figura penitenciaria de Montesinos, merece destacarse a SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español*. Editorial Edisofer S.L. Madrid 2003, pp. 168 a 186.

en la «batalla de Bailén», lo que le implicó una reclusión de cinco años en el arsenal de Tolón; y, en segundo lugar, porque gracias a sus viajes por Europa y Estados Unidos (de 1824 a 1826) conoció sus sistemas penitenciarios, estancia en el extranjero sin embargo obligada, al tener que salir de nuestro país en 1823, tras la caída del llamado trienio liberal (1820-1823), periodo surgido tras la sublevación del Comandante Riego y que fue aplastado definitivamente por los llamados «cien mil hijos de San Luis» y la ulterior restauración del absolutismo de Fernando VII que daría lugar a la llamada «década ominosa», lo que sin embargo, no impediría que Montesinos pudiera retornar definitivamente a nuestro país en 1827.

En 1832 es nombrado pagador del Presidio de Valencia y, dos años después, Comandante del Presidio, por lo que en 1835 en el célebre Penal de San Agustín de Valencia, amparándose de las Ordenanzas Generales de Presidios de 1834, divide el periodo de la condena de los penados en tres fases. A saber:

- a) Periodo de los hierros. En este periodo el penado estaba muy controlado, hasta el punto que debía de llevar la cadena o «hierro» que por su condena le correspondía, realizando sólo tareas de limpieza hasta que voluntariamente se le enseñaba un oficio.
- b) Periodo del trabajo. Siendo el trabajo remunerado y considerándolo un elemento fundamental para conseguir la reforma del penado.
- c) Periodo de la libertad intermedia. Y por el que los penados podían trabajar en el exterior del penal sin vigilancia alguna.

Como muy bien apunta GARCÍA VALDÉS<sup>(18)</sup>: «El éxito de su método se refleja en las líneas escritas por el Ministro de la Gobernación del Gobierno provisional, D. Fermín Caballero “... En cinco años de observaciones en el presidio de Valencia sólo ha conocido un reincidente entre los muchos que han salido del presidio con oficio aprendido”».

El sistema Crofton sería utilizado en la Colonia Penal de Ceuta, aprobada por RD de 23 de diciembre de 1889, que en este lugar autorizaría el uso del sistema progresivo por primera vez y en exclusiva, instaurándose, según el profesor SANZ DELGADO<sup>(19)</sup>, «un primer sistema progresivo con sustento normativo, algo que ha pasado desapercibido. En palabras posteriores del Ministro que refrendaba la norma: “se organizó la colonia penitenciaria de Ceuta no copiando, ni en poco ni en mucho, la preceptiva del sistema progresivo irlandés, sino traduciendo en preceptos legales lo que espontáneamente había ido manifestando la tradición”».

---

(18) GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio...*, ob. ya cit., p. 40.

(19) SANZ DELGADO, E., *Rafael Salillas y Panzano Penitenciario*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Editado por el Ministerio de Justicia (Centro de publicaciones y Agencia Estatal BOE). Tomo LXV. 2012, p.160.

El citado profesor, pone de manifiesto la labor necesaria del «Negociado de Higiene y Antropología», del que era Jefe Rafael Salillas al que atribuye también responsabilidad en el trascendente RD de 23 de diciembre de 1889 que legalizó la situación de Ceuta, manifestando que «su sello personal se advierte sin duda en el texto. En el fondo y en la forma. Su prosa es inconfundible».

En igual sentido se pronuncia el indicado autor, en *El humanitarismo penitenciario...*, ob. ya cit., p. 86.

El artículo 4 del Reglamento de la Colonia Penal de Ceuta, señalaba que «*en la colonia penal de Ceuta se cumplirán las penas con sujeción al sistema progresivo, á cuyo fin se distribuirá el tiempo de duración de la misma en cuatro periodos distintos que representen el grado de adelanto de cada penado, en su adaptación a la vida libre*».

En suma, el modelo de la Colonia Penal de Ceuta contemplaba en el cumplimiento de la condena de los penados, los cuatro periodos<sup>(20)</sup> siguientes:

- 1º Periodo celular, de aislamiento absoluto.
- 2º Periodo de instrucción, siendo formados los penados en la escuela o talleres.
- 3º Periodo de trabajo o intermedio, trabajando los penados en el exterior «de cañón a cañón» para luego retornar a la prisión.
- 4º Periodo de libre circulación, que permitía trabajar en el exterior, vivir con sus familias y pasar controles periódicos.

SANZ DELGADO<sup>(21)</sup>, con referencia en el artículo 10 del citado Reglamento de Ceuta<sup>(22)</sup>, aclara que «*explicaba un sistema de vales o marcas, similar al establecido por Maconochie en Australia*».

Por su parte, FIGUEROA NAVARRO<sup>(23)</sup> resulta muy elocuente cuando afirma, que «*esta peculiaridad de Ceuta, de clara reinserción social de los penados, constituyó un hecho muy positivo en la consolidación del sistema progresivo en España*».

---

(20) El artículo 5 del Reglamento de la Colonia Penal de Ceuta lo precisaba, disponiendo: «*El primer periodo será celular: vivirá, durante él, el penado, bajo un régimen de aislamiento, semejante al establecido en las penitenciarías de separación individual con trabajo en la celda y asistencia de las Sociedades de Patronato. La duración de este periodo será de seis á doce meses*».

El artículo 6 del indicado Reglamento establecía, que «*el segundo período, denominado “instructivo”, se distinguía por la concurrencia á la Escuela y por el trabajo en común en los talleres ó en las obras ó servicios públicos. Se procurará el aislamiento al penado fuera de las horas de enseñanza y “diaria”, se autorizará el trabajo libre de los penados en la ciudad, en las obras ó en el edificio penitenciario que les corresponda*».

El artículo 8 regulaba la duración, del segundo al cuarto periodo, estableciendo: «*La duración del segundo, tercero y cuarto período serán iguales; y cada uno representará, por lo tanto, la tercera parte del tiempo total de la condena, después de descontada la duración del primer periodo. En el momento de transcurrir éste se hará la distribución del tiempo entre los tres períodos restantes*».

(21) SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario...*, ob. ya cit., p. 267.

(22) El artículo 10 del Reglamento de la Colonia Penal de Ceuta disponía: «*El medio de progresión consistirá en la ganancia de vales de conducta. El progreso se graduará con sujeción á las siguientes reglas:*

- I. *Cada día de cumplimiento de la condena representa un vale premio.*
- II. *Todo penado con su conducta normal, que no merezca ni permio ni castigo, ganará un vale diario.*
- III. *Con su conducta excepcional, acreedora á premio ó á castigo, podrá además ganar nuevos vales o perder los adquiridos, apresurando ó retardando su tránsito al periodo siguiente.*
- IV. *Para pasar de un periodo á otro será preciso justificar un número de vales igual al número de días del periodo en que se encuentre el penado.*
- V. *En cuanto, por su conducta deje de tener completo el penado el número de vales que ha sido necesario para pasar al periodo en que se halle, retrocederá forzosamente al anterior*».

(23) FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Los Orígenes del Penitenciarismo Español*. Editorial Edisofer SL. Madrid 2000, p. 101.

#### IV. CONFIGURACIÓN

Precisamente a partir del modelo y la experiencia de la Colonia Penal de Ceuta, el Real Decreto de 3 de junio de 1901, extenderá el sistema progresivo al resto de España, «*que ha de seguirse con los que extinguen condena*», como se afirma en su exposición de motivos, que lo denominaba de «*cumplimiento de condenas con sujeción al sistema progresivo irlandés*»<sup>(24)</sup>.

El sistema implantado en todo el territorio nacional dividía también la condena en cuatro periodos, de la siguiente forma:

- a) Periodo celular o de preparación, con un periodo de duración de siete a doce meses.
- b) Periodo Industrial y educativo, que duraría la mitad del tiempo de la condena que faltase por cumplir, en su caso.
- c) Periodo intermedio, que también duraría la mitad del tiempo de la condena que faltase por cumplir.
- d) Periodo de gracias y recompensas, equivalente al de libertad condicional.

El sistema progresivo, a juicio de FIGUEROA NAVARRO<sup>(25)</sup>, el gran hallazgo español en el campo penitenciario, «marca la firma con la historia», y ello desde «el arriesgado ensayo valenciano del Coronel Montesinos hasta su consolidación posterior en la población toledana de Ocaña, por empeño de Cadalso, nuestro régimen carcelario sufre tal convulsión que presagia el definitivo asentamiento. Y así fue. Decidido a finales del XIX en Ceuta, como veremos, el siglo posterior es el tratamiento progresivo de los penados».

El modelo progresivo se consolidó y configuró en el sistema penitenciario español<sup>(26)</sup> pero en sólo dos años se modificó el RD inicial, por el RD 18 de mayo de 1903, tratando de flexibilizar el sistema, introduciendo una ideología tutelar correccional y la idea de la individualización<sup>(27)</sup>. Y según su artículo 2 «*para hacer efectivo el cumplimiento de esta función social se impones las siguientes reglas:*

---

(24) «Trátese del sistema progresivo irlandés o de Crofton, que mejora notablemente la servidumbre penal inglesa, y que debe implantarse en todas las prisiones destinadas al cumplimiento de penas afflictivas y correccionales».

(25) FIGUEROA NAVARRO, M.C., *Los orígenes...*, ob. ya cit., p. 70.

(26) La Ley de 23 de julio de 1914 implanta la libertad condicional en España; En la base 12ª del CP de 1832 se determinaba que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema progresivo, siendo los últimos periodos el de la libertad intermedia y libertad condicional; el Decreto de 22 de marzo de 1932 extendía la Libertad condicional a los septuagenarios con buena conducta que ofrecían garantías de hacer vida honrada en libertad; el Código Penal de 1944 establecía en el artículo 84 que el sistema de ejecución en las penas era el progresivo, que estaba dividido en régimen cerrado, ordinario, abierto, cerrado y libertad condicional. Y el sistema progresivo rigió hasta la derogación del CP de 1973, el 24 de mayo de 1996.

(27) Precisamente este fue el origen de un conflicto entre los grandes penitenciaristas del momento, ya que el RD de 3 de junio de 1901 era de inspiración Cadalsiana en tanto que el RD que lo modificaba de 1903 se atribuía a Salillas. Así lo cuenta, SANZ DELGADO, E., *Rafael Salillas...*, ob. ya citada, p. 160.

- 1º *Que la acción tutelar sea constante.*
- 2º *Que sea ejercitada individualmente en cada penado.*
- 3º *Que obedezca a las indicaciones derivadas del conocimiento de los antecedentes y el estado actual del preso, y que se encamine a reinsertarlo socialmente.*
- 4º *Que se aplique conforme a un procedimiento gradual, en orden restrictivo y expansivo».*

Asimismo, por RD de 26 de enero de 1912, se creó la Colonia penitenciaria del Dueso, dentro de la población cántabra de Santoña y en el cuartel que el Ministerio de la Guerra poseía, aplicándose a la colonia un modelo progresivo, que según DE COSSÍO Y GÓMEZ-ACEBO<sup>(28)</sup> se dividía en tres periodos:

1. De observación, en aislamiento absoluto en prisión celular, sin más comunicación que los de asistencia y tratamiento moral y material.
2. Trabajo industrial y agrícola, en común durante el día y separado por la noche.
3. Expansivo, aproximándose al de libertad condicional, pero dentro del régimen de trabajo en los talleres y los campos.

El Decreto de 23 de junio de 1914, recogiendo las experiencias anteriores, institucionaliza el sistema progresivo, que es recogido posteriormente en el CP 1928, cuyo artículo 171, decía: «*La ejecución de las penas de reclusión y prisión se acomodará al sistema progresivo y comprenderá varios periodos, el primero de los cuales se cumplirá en aislamiento y el último en situación de libertad condicional*».

Posteriormente, tanto el CP 1932<sup>(29)</sup>, como en el CP 1944<sup>(30)</sup> serán continuistas con el sistema progresivo, con fórmulas análogas, quedándole a este último el nombre de dicho sistema, incluso tras la gran reforma operada con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, estableciendo el artículo 84: «*Las penas de reclusión mayor y prisiones se*

---

FIGUEROA NAVARRO, M.C., *Los orígenes...*, ob. ya cit., p. 25, tratando de conciliarlos en los momentos actuales, señala: «Salillas es siempre la pasión y en muchas ocasiones la emoción, Cadalso es la técnica, grandes vidas al servicio, en cualquier caso, de la modernidad penitenciaria española».

(28) DE COSSÍO Y GÓMEZ-ACEBO, M., *Sustitutivo legal de la pena de muerte...*, ob. ya cit., p. 73.

(29) El CP 1932 señala: «*Las penas privativas de libertad se ejecutarán conforme al sistema progresivo, teniendo por últimos periodos el de la libertad intermedia y el de la libertad condicional. La Administración penitenciaria podrá reducir la condena en casos de relevante corrección. La ejecución de la pena se propondrá la reforma del delincuente*» (Base 12ª).

(30) El CP 1944 contemplaba cuatro periodos, el último de los cuales era el de la libertad condicional. A saber:

1º Período de observación, en régimen celular mixto, con un periodo mínimo de 30 días, pudiendo subdividirse en una fase de incomunicación máxima, y otra de mayor libertad que permitiría, participar de paseos y de ejercicios deportivos.

2º Período de trabajo en comunidad, en régimen de trabajo en comunidad con devengo de salarios y observación de conducta para poder ascender a un grado superior, con una duración hasta la extinción de la cuarta parte de la condena.

3º Período de readaptación social, en base a la buena conducta y con destino en servicios auxiliares.

4º Período de libertad condicional.

*cumplirán según el sistema progresivo. El régimen de ascensos, trabajos, enseñanza y visitas serán establecidos en la legislación penitenciaria».*

A nivel estrictamente penitenciario, el sistema progresivo fue empleado como modelo en los Reglamentos de Prisiones, de 5 de marzo de 1948<sup>(31)</sup> y de 2 de febrero de 1956<sup>(32)</sup> siendo reformado el sistema por el RD 162/ 1968, de 25 de enero, que modificaría 31 artículos del Decreto del 56 (30 redactados de nueva planta). El sistema progresivo, en suma pasaría a comprender cuatro grados. A saber:

1. Reeducción del interno.
2. Readaptación Social con tratamiento en un clima de confianza.
3. Prelibertad.
4. Libertad condicional.

Así las cosas, los tres primeros grados se correspondían con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, siguiendo el cuarto grado la aplicación de las normas señaladas para la libertad condicional en el CP (artículos 98 y 99).

Precisamente el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1978, que es el precedente más inmediato del RPM actual, y que recogía las tendencias más avanzadas de la ciencia penitenciaria en aquellos momentos, sobretudo en la materia del tratamiento penitenciario<sup>(33)</sup>, adoptaría el sistema progresivo, inspirándose para ello en

---

(31) GARCÍA VALDÉS, C., *Apuntes históricos del Derecho penitenciario Español* (Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 septiembre 2014 en el Paraninfo de la Universidad de Alcalá de Henares). Editorial Edisofer S.L. Madrid 2014, p. 28 señala que «el reglamento del 48 es una norma extensa en cuanto a su articulado (677 preceptos), militarizada, rígida en cuanto a la disciplina, que se califica de inmovible, a imponer en los establecimientos; condición de novedades a los superiores, toques de corneta y formaciones, estricta uniformidad, total ausencia de libertad de cultos en beneficio exclusivo de la religión católica, limitación de relaciones del recluso en el mundo exterior, prohibición de otra persona que no fuera el semanario Oficial “redención” y mantenimiento del sistema progresivo con las características habituales».

(32) Estuvo vigente hasta que fue derogado en 1981, aunque sufrió la reforma operada por el Decreto de 25 de marzo de 1968, para introducir el tratamiento penitenciario; y la reforma, operada por el Decreto de 29 de junio de 1977, preliminar a la LOGP.

El sistema progresivo, inmediatamente anterior a la última citada reforma, lo constituían cuatro grados o periodos; el primer periodo denominado de «observación y preparación del penado en régimen de aislamiento», que estaba dividido en dos periodos, uno de diez días en régimen de aislamiento celular absoluto, y otro de veinte días, con participación tenue en actos comunes de naturaleza religiosa y educativa, la posibilidad de acceso a la biblioteca además de poder recibir visitas de su familia; el segundo periodo «de trabajo en comunidad», para promover la actividad laboral de los penados, ocupándolos principalmente en granjas y talleres, pudiendo hacer vida en común, comunicar y escribir semanalmente, hacer compras en el economato de la prisión, debiendo de permanecer en este periodo hasta que el penado haya cumplido la cuarta parte de la condena pero también posea conocimientos de un oficio y sepa leer y escribir, breves nociones de cálculo «y conozca las verdades fundamentales de la religión católica salvo que se trate de deficientes mentales» (artículo 50 del Reglamento del Servicio de Prisiones); el tercer periodo, denominado «de readaptación social», para preparar la vida en la libertad en un régimen de semilibertad, y teniendo preferencia para el desempeño de puestos de confianza; siendo el cuarto periodo el de «libertad condicional».

(33) REVIRIEGO PICÓN, F. y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «Los Sistemas Penitenciarios Europeos frente al Siglo XXI». Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior núm. 4. Julio-Diciembre 2010, pp. 112 y 112, después de señalar la importancia de las Reglas mínimas para el tratamiento de los

el sistema penitenciario común que devenía de la reforma de 1968, sistema progresivo que sólo aplicaba a las penas y medidas penales que excedieran de seis meses<sup>(34)</sup>.

Pues bien, en la Sección II, del Capítulo II del libro IV, concerniente con el régimen de ejecución de las penas y correctivos, se titula como «*sistema progresivo*», encabezando el artículo 78 dicha Sección que establecía que la ejecución de las penas privativas de libertad se dividirá en cuatro periodos, que señalan otras tantas épocas en la reeducación del penado y su preparación para la vida en libertad, detallándose en los posteriores artículos las características de cada uno de los periodos hasta finalizar con el cuarto, el de la libertad condicional.

Así, el primer periodo tenía por objeto la observación del penado para luego proceder a su clasificación de acuerdo con sus características personales. En este régimen existía un aislamiento celular, permitiéndose al penado la posibilidad de comunicar con su familia dos veces al mes y escribirla cuatro veces en este periodo. Y la duración de este periodo dependía de la conducta del interno, pudiendo oscilar entre ocho y treinta días.

El segundo periodo se denominaba de «*actividad laboral*» con la finalidad que el penado pudiera aprender un oficio o desarrollar el que ya tuviera. En este periodo, haría vida en común bajo la regla del silencio y separado, sobre todo en las zonas nocturnas, de los que ocuparan el tercer periodo. En este periodo se le permitían cuatro comunicaciones orales al mes, la posibilidad de escribir semanalmente así como la posibilidad de poder adquirir productos en el economato.

En el tercer periodo, los penados tienen vida en común, realizan trabajos mecánicos menos penosos y gozan de la posibilidad de disfrutar de comunicaciones orales y escribir con frecuencia. Y son llamados a desempeñar los cargos de auxiliares de régimen y destinos.

Finalmente, el cuarto periodo era el concerniente al de la libertad condicional, cumpliéndose este periodo en absoluta libertad. De igual manera que en el sistema co-

---

reclusos de las Naciones Unidas de 1955, señalan: «Al hilo de esta normativa comenzaron a aparecer un conjunto de compendios avanzados. Así cabe citar, la Ley penitenciaria sueca en 1974, la italiana en 1975, la alemana en 1976 y la portuguesa y española, ambas de 1979. El hilo conductor de esta normativa era una subordinación de toda la estrategia penitenciaria bajo el axioma de la resocialización, aunque entendida ésta no bajo los patrones conductistas norteamericanos, sino como una posibilidad que se otorga al interno penitenciario de ampliar sus horizontes incorporando nuevos roles que le adapten a los márgenes de vida en sociedad».

(34) No puede desconocerse que las penas privativas de libertad procedían de la aplicación del CJM de 1945, cuyo artículo 211 contemplaban penas de prisión y reclusión. Las penas de prisión comprendían un periodo de entre seis meses y doce años, en tanto que en las de reclusión tenían una duración de doce años y un día a veinticinco años, con la posibilidad de imposición a treinta años, en los casos más graves. Por debajo de seis meses no se eran penas sino correctivos disciplinarios. Por lo tanto, sólo se consideraban penas a partir del límite de seis meses y el sistema progresivo sólo regía con las penas.

Resulta interesante resaltar que BUENO ARUS, F., *El sistema penitenciario español*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid 1967, p. 20, define las penas de corta duración, como aquellas «cuya duración no es suficiente para poder aplicar al condenado un tratamiento reformador», señalando, en p. 22, refiriéndose a la vigencia del Reglamento del Servicio de las Prisiones en 1956, que «las penas de duración superior a seis meses deben cumplirse según el sistema progresivo (artículos 84 del CP y 48 del RSP), de antigua tradición española, que actualmente comprende cuatro grados o periodos, a lo largo de los cuales aumenta sucesivamente el número de beneficios de que pueden disponer los reclusos, quienes se ven así estimulados a observar buena conducta y obtener aprovechamiento del tratamiento penitenciario...».

mún, esta situación se regía directamente por los artículos del código punitivo, en este caso los artículos 246 y 247 CJM eran prácticamente una reproducción del CP, salvo un añadido, por cuanto, entre los requisitos exigibles, además de señalar que ofreceran garantías de hacer vida honrada en libertad, se añadía adicionalmente, que fueran «*personas pacíficas y laboriosas*».

LÓPEZ GARCÍA<sup>(35)</sup>, en su valoración del sistema progresivo, apuntará que resulta claro el «mantenimiento de la componente aflictiva, retribucionista de la pena, a la vez que se fomenta la motivación para la conquista de un encarcelamiento más benigno, con la promesa de un adelantamiento de la libertad a cambio de buena conducta».

## V. APARICIÓN DEL SISTEMA CIENTÍFICO, REBROTE DEL PROGRESIVO Y MANIFESTACIÓN DEL SISTEMA CIENTÍFICO PROGRESIVO

Cuando en 1979, con la aprobación de la LOGP, se impone en el sistema penitenciario común el sistema de la evolución científica separado en grados, coge en buena medida (en expresión coloquial) con el pie cambiado al sistema penitenciario militar español, el cual por la influencia ancestral consolidada del sistema progresivo sólo concebía que, en la ejecución de las penas privativas de libertad y hasta la completa excarcelación de los condenados, operaran dos parámetros: paso de tiempo y buena conducta. Dentro de la mentalidad militar, por otro lado, la libertad condicional se proyectaba como último periodo de la condena.

Por todo ello, resultaba de difícil asimilación algunas de las nuevas ideas postuladas por el sistema de la evolución científica separado en grados, el último de los cuales era la libertad condicional, la idea del tratamiento y su evolución y la suerte que con una buena evolución de la personalidad de un penado pudiera progresar en las ventajas sin tener en cuenta el paso del tiempo ni la duración de la condena.

Seguramente en los primeros momentos y, aun habiendo sido reconocida constitucionalmente la especialidad de la jurisdicción castrense, en el mundo penitenciario militar se plantearan si el sistema de ejecución en las penas privativas de libertad era o no una especialidad castrense, pues no puede desconocerse que el sistema progresivo tenía una mayor consistencia en el derecho penitenciario militar sobre otros sistemas alternativos, precisamente por el carácter de la ejemplaridad de la pena y el modelo de la prevención general.

Debió considerarse negativamente la cuestión, cuando con la Orden Ministerial 45/ 87 flexibilizaría el sistema progresivo que regía en el Reglamento de 1978, introduciendo el tratamiento científico a cargo de especialistas, adaptando el sistema hasta entonces empleado al sistema penitenciario común, apareciendo poco después en 1979 el mandato contenido en el artículo 348 de la LPM que anunciaba un nuevo reglamento de establecimientos penitenciarios militares que se inspiraría en los principios de la LOGP, eso sí, adaptados a la especial estructura de las FF.AA.

---

(35) LÓPEZ GARCÍA, E.M., *El sistema de individualización científica...*, ob. ya cit., p. 354.

Así las cosas, surge el nuevo RPM en el año 1992, que adopta formalmente el sistema de la evolución científica, superando ya el sistema progresivo, en donde el factor tiempo ya no es un elemento esencial en la condena, estableciéndose, en todo caso, en el artículo 15 RPM que, para pasar de un grado a otro, los penados deberán observar buena conducta, aplicación en el trabajo y en las enseñanzas que desarrollen.

Por lo tanto, la buena evolución de la personalidad y no tanto el tratamiento en sí mismo considerado, porque éste no puede imponerse coactivamente al interno que lo rechazare y sin que ello pudiera tener consecuencias negativas, será el parámetro de clasificación, contemplándose tres grados, siendo el primero el cerrado, el segundo el ordinario y el tercero, el de régimen abierto. Y la libertad condicional será un último grado pero conservando su denominación tradicional y no llamándola cuarto grado.

Sin embargo, el sistema de la evolución científica de la personalidad no se adopta con toda su pureza metodológica en el sistema penitenciario militar español, quedando claros reflejos del sistema progresivo como así se refleja en el RPM<sup>(36)</sup> en lo concerniente a permisos y libertad condicional y penalizando penitenciariamente algunos delitos para mayor ejemplaridad.

En honor a la verdad, el sistema de la evolución científica tampoco se desarrolla actualmente con toda pureza en nuestro país, máxime a raíz de las reformas operadas en el año 2003, lo que en palabras de LEGANÉS GÓMEZ ha implicado que nuestro Código Penal denominado de la «democracia» sea ahora conocido por el de la «seguridad»<sup>(37)</sup>, porque a comienzos del siglo XXI con la reforma de la LO 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se produce cierto retroceso hacia el sistema clásico progresivo, objetivo y rígido<sup>(38)</sup>. La reforma del Código Penal que operó recientemente con la LO 1/2015 transita por esta misma vía<sup>(39)</sup>.

Lo cierto es que, a nuestro modo de ver, en el fondo todavía no se han superado las diferencias entre Cadalso y Salillas<sup>(40)</sup>, entre el RD de 3 de junio de 1901, que suponía la pureza metodológica del sistema progresivo propugnado por Cadalso y el RD 18 de mayo de 1903 que flexibilizaría el sistema e introduciría una ideología tutelar correccional y la individualización, de Salillas.

---

(36) Por ejemplo el artículo 18, segundo párrafo y la disposición adicional cuarta del RPM.

(37) LEGANÉS GÓMEZ, S., *La Evolución de la Clasificación Penitenciaria*. Premio Nacional Victoria Kent 2004. Ministerio del Interior. 2005, p. 13.

(38) LEGANÉS GÓMEZ, S., ob. cit., p. 44.

(39) Quedando fuera de lo que sería «una administración racional, austera y eficiente que sea un valor competitivo para nuestro país, tal y como, para otro ámbito», señala SERRANO ACITORES, A., «A propósito de la reforma de las administraciones públicas», *Legal Today*, octubre de 2013.

(40) Sobre las dos tendencias de Cadalso y Salinas, merece últimamente destacarse la última aportación de GARCÍA VALDÉS, C., *Apuntes históricos del Derecho penitenciario...*, ob. ya cit., en concreto su capítulo III, titulado «Las dos tendencias ideológicas más significativas: Cadalso y Salillas. El Triunfo del sistema progresivo: La rigidez en la ejecución», señalándose en su p. 2 que «los Decretos de 1901 y el ya citado de 1913 son puro Cadalso»; y como ya hemos señalado, el de 1903, que modificó el de 1901, de clara inspiración sallicista, al introducir el tratamiento tutelar, individualizado de cada penado, previo su detenido y científico estudio.

En palabras de SANZ DELGADO<sup>(41)</sup> sigue vigente en buena medida «la pretérita e imperecedera controversia entre seguridad y el impulso de la autorresponsabilidad; entre la inacción y la intervención. Es la pugna constante entre aquellas dos ideas, dos visiones, dos direcciones de futuro, que han revivido en los últimos años al albur de la importación de modelos segregativos, incapacitadores, que en el entorno jurídico penal se han venido a localizar en el llamado derecho penal del enemigo o, si se quiere derecho penitenciario del enemigo. En otros términos, flexibilidad versus estabilidad regimental».

Dicho esto, consideramos que en este momento puede explicarse con claridad las razones, por las que en el mundo castrense se prefiere por definición el sistema progresivo al de individualización científica, o dicho de otra manera la seguridad antes que un presunto experimento con aparentes garantías de resultado y las actividades regimentales sobre las tratamentales, lo que no impide que se acate el sistema que legalmente resulte de aplicación, como el de la individualización científica, pues como señala LÓPEZ SÁNCHEZ<sup>(42)</sup>: «La jerarquía es una relación de dependencia funcional entre superiores e inferiores articulados verticalmente, en los distintos escalones de mando para el cumplimiento de las misiones asignadas a las FFAA, o dicho de una forma global: para el servicio y el jerarquía supone una posición de superioridad».

En fin, señalaremos, que el sistema progresivo no ha sido abandonado por completo, como sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el sistema penitenciario militar, como apriorísticamente pudiera pensarse. Y con pureza, no rige ni el sistema de individualización científica ni el clásico progresivo, sino un sistema híbrido entre los anteriores, que pudiéramos denominar sistema científico progresivo.

De esta forma, se ha consolidado en el año 1996, fecha en la que el RP 1981, del que el RPM tomaba su referencia, quedaría derogado por el RP 1996 con una distinta regulación para la clasificación en tercer grado a la que ya no se exigía término de permanencia (el RP, por el contrario si exige un tiempo mínimo de permanencia en el establecimiento, de al menos dos meses), permaneciendo inalterado el RPM como si esta importantísima reforma no se hubiera producido, y, en concreto mantiene el artículo 18 RPM como en los tiempos del RP 1981 exigiendo un tiempo de permanencia de tres meses (además de tener cumplida una cuarta parte de la condena), y no habiéndose reformado el RPM en todos estos años, y el hecho que también se exija el factor tiempo en otros asuntos, nos lleva a mantener, como ya hemos anunciado, que en el sistema penitenciario militar español, exista un sistema mixto, al que hemos llamado científico progresivo.

## VI. CONCLUSIONES

- 1º El sistema progresivo es un modelo de ejecución de las penas privativas de libertad ligado en origen al derecho penitenciario militar.

---

(41) SANZ DELGADO, E., *Rafael Salillas...*, ob. ya citada, p. 175.

Merece, también destacarse su obra *El humanitarismo penitenciario...*, ob. ya cit., sobre los Decretos de 3 de junio de 1901 y 18 de mayo de 1903 y la controversia doctrinal y legislativa entre Cadalso y Salillas; pp. 268 a 286.

(42) LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la Disciplina militar*: Dykinson S.L. Madrid 2007, p. 32.

- 2º El sistema progresivo toma como factores fundamentales en la ejecución de la pena, el trabajo y la buena conducta y, en todo caso, divide la condena en varios periodos temporales, el último de los cuales es la libertad condicional.
- 3º El sistema progresivo fue defendido por Cadalso, en contraposición al sistema tutelar correccional y de carácter individual, postulado por Salillas. La dialéctica entre estos dos clásicos se ha prolongando en el tiempo hasta llegar a nuestros días.
- 4º El sistema de la individualización científica, contempla distintos grados de tratamiento, no en función del tiempo sino de la evolución del penado, contemplando la libertad condicional como elemento final de la condena sin que sea considerada ésta propiamente un cuarto grado.
- 5º En consecuencia, el sistema de la individualización científica se basa en la buena evolución del interno en tanto que la mala evolución, implica regresión, sin que se tenga en cuenta el factor tiempo y con el límite del tiempo máximo de condena.
- 6º Sin embargo, a raíz de las reformas operadas en 2003, principalmente con la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de la pena, el sistema penitenciario se acerca a un sistema mixto entre los anteriores.
- 7º En el sistema penitenciario militar español, no opera con pureza el sistema de individualización científica sino uno específico que pudiéramos llamar científico progresivo, híbrido entre los anteriores.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BUENO ARUS, F., *El sistema penitenciario español*. Servicio de Publicaciones de Ministerio de Justicia. Madrid 1967.
- CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)* Barcelona 1958, reimpresión 1974.
- DE COSSÍO Y GÓMEZ-ACEBO, M., *Sustitutivo legal de la pena de muerte y régimen penitenciario*. Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra». Madrid 1914.
- FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Los orígenes del penitenciarismo español*. Editorial Edisofer SL. Madrid 2000.
- GARCIA VALDÉS, C., *Teoría de la Pena*. Tecnos. Madrid 1985.
- *Derecho Penitenciario militar: una aproximación histórica*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 39, fas/Mes 3, 1986.
  - *Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989)*. Ministerio de Justicia. Madrid 1989.
  - *Del presidio a la prisión modular*. Editorial Opera Prima. Madrid 1997.
  - *El Derecho Penitenciario Militar: Sus Orígenes*, editada en el Anuario de derecho penal y ciencias penales, editado por el Ministerio de Justicia (Centro de publicaciones y Agencia Estatal BOE). Tomo LXV. 2012.
  - *Apuntes históricos del Derecho penitenciario Español* (Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 septiembre 2014 en el

- Paraninfo de la Universidad de Alcalá de Henares). Editorial Edisofer S.L. Madrid 2014.
- GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid-Edersa. Madrid 1983.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Retos del derecho administrativo frente al sistema penitenciario del Siglo XXI*. (Tesis doctoral dirigida por el Dr. Luis Morel Ocaña y codirigida por el Dr. Javier Alvarado Planas). Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia (TD 03441 00001984569). 2012.
- LEGANÉS GOMEZ, S., *La Evolución de la Clasificación Penitenciaria*. Premio Nacional Victoria Kent 2004. Ministerio del Interior. 2005.
- LÓPEZ GARCÍA, E. M., *El sistema de individualización científica en el cumplimiento de las penas impuestas por los Tribunales Militares* (Tesis doctoral dirigida por el Dr. Pablo Saavedra Gallo). Microfichas (2) en la Biblioteca Central de la UNED, Mediateca 043 LOP ULPGCC 00001116331. Editado por el Servicio de Publicaciones y Producción Documental de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Las Palmas de Gran Canaria 2001.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la Disciplina militar*. Dykinson S.L. Madrid 2007.
- LLORENTE DE PEDRO, P. A., *La ejecución de pena de presidios en el norte de África durante el antiguo Régimen* (Tesis doctoral dirigida por el Dr. Carlos García Valdés). Departamento de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia (TD 04934 00002186125). Madrid 2004.
- PÉREZ ESTEBAN, F., *El Derecho Penitenciario Militar*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993.
- RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión Carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*. Ediciones del Puerto S.R.L. Buenos Aires 2006.
- REVIRIEGO PICÓN, F. y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «Los Sistemas Penitenciarios Europeos frente al Siglo XXI». *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, núm. 4. Julio-Diciembre 2010.
- REVIRIEGO PICÓN, F., «Los derechos de las personas privadas de libertad», *Cultura de la paz y grupos vulnerables. Libro II. Historia de los derechos fundamentales Tomo IV. Siglo XX*, Madrid 2014.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *El Código Penal Militar en el Sistema Penal Español. Principios de Especialidad y Concurso de Leyes*. Derecho penal y procesal militar ante las reformas de las normas comunes. Consejo General del Poder Judicial. 1996.
- SALILLAS Y PANZANO, R., *La vida penal en España*. Imprenta de la Revista de la legislación a cargo de M. sarda. 1ª edición. Madrid 1888.
- SANZ DELGADO, E., *Rafael Salillas y Tanzano Penitenciarista*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Editado por el Ministerio de Justicia (Centro de publicaciones y Agencia Estatal BOE). Tomo LXV. 2012.

- *El humanitarismo penitenciario español*. Editorial Edisofer S.L. Madrid 2003.
- SERRANO ACITORES, A., «A propósito de la reforma de las administraciones públicas», *Legal Today*, octubre de 2013.
- SERRANO PATIÑO, J. V., *El Sistema Penitenciario Militar Español*. Premio Nacional Victoria Kent 2012-segundo accésit. Ministerio del Interior. 2012.
- «La Protección Judicial en el Sistema Penitenciario Militar Español». *Revista de la UNED*, núm. 12, 2013.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Editorial Edisofer S.L. Madrid. 1998.
- ZAFRA RIASCOS, M., *La aplicación del moderno sistema progresivo o de individualización científica en el ámbito Penitenciario Militar*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. 1993.

#### VIII. ABREVIATURAS UTILIZADAS

- BOE** Boletín Oficial del Estado.
- EPM** Establecimiento Penitenciario Militar.
- FFAA** Fuerzas Armadas.
- LO** Ley Orgánica.
- LOGP** Ley Orgánica General Penitenciaria.
- OM** Orden Ministerial.
- RD** Real Decreto.
- RP** Reglamento Penitenciario.
- RPM** Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

# LOS ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO (1902-1911; 1937-1950). PRIMERA ÉPOCA

Marta FRIERA ÁLVAREZ<sup>(\*)</sup>  
*Universidad de Oviedo*

## RESUMEN

**Los Anales de la Universidad de Oviedo  
(1902-1911; 1937-1950). Primera época**

*Anales de la Universidad de Oviedo* es una revista académica, científica y cultural publicada en dos épocas históricas muy distintas (1901-1911 y 1939-1950). En este artículo se analiza el contenido de la primera etapa, vinculada al *Grupo de Oviedo*, formado por intelectuales como Alas, Posada, Buylla y Altamira, empeñados en potenciar el papel de la Universidad en la renovación pedagógica, científica y social. A través de los instrumentos puestos en marcha, como la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos, la Extensión Universitaria, las clases populares o las colonias de verano, pretendieron incorporarse, desde el ámbito local de Asturias, a la moderna comunidad universitaria y cultural internacional, europea y americana.

**Palabras clave:** Universidad de Oviedo. Revista académica. *Grupo de Oviedo*. Alas. Posada. Buylla. Altamira. Escuela Práctica de Estudios Jurídicos. Extensión Universitaria. Universidad popular. Colonias de verano.

## ABSTRACT

**The Anales de la Universidad de Oviedo  
(1902-1911; 1937-1950). Primera época**

*Anales de la Universidad de Oviedo* was an academic, scientific and cultural journal that was published during two very different historical periods (1901-1911 and 1939-1950). This article analyzes the contents of the former, which is directly linked to the *Grupo de Oviedo*. This group of intellectuals, with Alas, Posada, Buylla and Altamira among their members, were determined to promote the role of the University in the cultural, pedagogical and scientific renovation. With this purpose, they implemented the Practice Academy of Legal Studies, the University Extension, the popular courses and the summer camps, that would lead them from their Asturian local framework to the modern, international university community, both European and American.

**Keywords:** University of Oviedo. Academic Journal. *Grupo de Oviedo*. Alas. Posada. Buylla. Altamira. Practice Academy of Legal Studies. University Extension. Popular University.

---

## SUMARIO

- I. LOS ANALES DEL GRUPO DE OVIEDO.
  - II. LA RENOVACIÓN PEDAGÓGICA.
  - III. LA RENOVACIÓN CIENTÍFICA Y LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA INTERNACIONAL.
  - IV. LA EDUCACIÓN DE LA CLASE OBRERA Y LA FUNCIÓN SOCIAL.
- 

(\*) Profesora Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Oviedo.

*Anales de la Universidad de Oviedo* es una publicación periódica que recoge noticias sobre actividades académicas, científicas y culturales llevadas a cabo en la Universidad de Oviedo. Se publicará en dos épocas, entre los años 1901 a 1911 y 1939 a 1950, en contextos históricos, pues, muy distintos<sup>(1)</sup>. Ocupa un total de dieciséis tomos, en una numeración correlativa que no evita la clara ruptura entre las dos épocas, no solo por el contexto, sino por la propia naturaleza y finalidad de la publicación.

La primera época abarca los cinco primeros volúmenes, bienales<sup>(2)</sup>, impresos en Oviedo, los cuatro primeros en el establecimiento tipográfico de Adolfo Brid, y el quinto en Flórez, Gusano y Compañía<sup>(3)</sup>. Los cinco números aparecen estampados con un sello con el escudo de la Universidad Literaria de Oviedo, acompañado por los escudos de España, en el centro, y de Asturias, a la derecha.

La segunda época comprende del sexto al dieciseisavo volumen<sup>(4)</sup>. Los once están impresos en Oviedo, por La Cruz, y llevan el sello de la Universidad con la inscripción: *Sigillum Regiae Universitatis Ovetensis*.

Los *Anales de la Universidad* nacieron como expresión y testimonio del llamado *Grupo de Oviedo*, que dirigió el camino de la comunidad universitaria asturiana en un momento único. Su fin primordial fue la renovación pedagógica, a través de la cual se entendía posible la apertura cultural y científica de la España de la Restauración, tras 1898, para incorporarse a la modernidad occidental.

Entre los diversos instrumentos de los que se dotó este *Grupo*, los *Anales* pretendieron ser un «archivo donde han de guardarse memorias y recuerdos de la Universidad»<sup>(5)</sup>, de esa Universidad, en ese concreto espacio y momento, en el tránsito de siglos. No se trataba de reflejar cualquier testimonio académico, sino sólo aquellos capaces de transmitir tres ideas y fines: la renovación pedagógica que se estaba produciendo, la contribución de la Universidad a la cultura popular, y las relaciones abiertas con otras Universidades españolas, europeas y americanas, con el fin de desarrollar y compartir el espíritu científico. Se cubría, así, con creces, la triple vertiente docente, investigadora y social, que caracterizaba la Universidad moderna.

La vida de los *Anales*, aparecidos en 1901, dura lo mismo que la del *Grupo*, que se iniciaba dos décadas antes con la incorporación a la Universidad, en 1883, de los catedráticos Alas –cuyo fallecimiento coincidió con el primer número de los *Anales*<sup>(6)</sup>–,

---

(1) Todos los volúmenes están digitalizados y disponibles en la web del Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo (<<http://digibuo.uniovi.es>>).

(2) Salvo el volumen V, publicado con dos años de retraso.

(3) Volumen I, 1901 (cursos 1899/1900 y 1900/1901); volumen II, 1903 (cursos 1901/1902 y 1902/1903); volumen III, 1905 (cursos 1903/1904 y 1904/1905), volumen IV, 1907 (cursos 1905/1906 y 1906/1907), volumen V, 1911 (cursos 1907/1908 y 1908/1909).

(4) Volumen VI, 1939 (año 1937); volumen VII, 1939 (año 1938); volumen VIII, 1941 (año 1939); volumen IX, 1942 (año 1940); volumen X, 1943 (año 1941); volumen XI, 1944 (año 1942); volumen XII, 1946 (curso 1943/1944); volumen XIII, 1947 (curso 1945/1946); volumen XIV, 1949 (año 1947); volumen XV, 1949 (año 1948); volumen XVI, 1950 (año 1949).

(5) Son palabras del rector Canella reproducidas en el prólogo al tomo V de los *Anales*.

(6) En el volumen I de los *Anales* se recoge el homenaje organizado por la Universidad de Oviedo, y en el II se da cuenta de la colocación de dos lápidas en su memoria, en la calle de la Puerta Nueva Alta, que pasa a

Posada y Buylla. El *Grupo* comenzó a desintegrarse tras el ascenso de ambos al Instituto de Reformas Sociales, en 1904<sup>(7)</sup>. El otro gran impulsor y sustentador, Altamira, también se fue de Oviedo, en 1911, para ocupar los cargos de Inspector General de Enseñanza y Director General de Primera Enseñanza. Ese mismo año se publicó, con un considerable retraso, el último volumen de los *Anales*, que quedó, así, a medias, como el propio proyecto regeneracionista del que es testimonio. La labor continuada por otros profesores como Canella y Sela, rector y vicerrector respectivamente, fue más modesta y no hubo una nueva generación de profesores que relevase a los primeros, de modo que ocurrió lo que se temía: que la Universidad de Oviedo «muriese de fama» con aquéllos<sup>(8)</sup>.

El interés de la primera época de los *Anales* radica en que son un testimonio único para el estudio de variadas cuestiones, de las que destaco dos: el desarrollo del Liberalismo antes de la Primera Guerra Mundial; y la Universidad y, en general, la educación en todos los niveles y su extensión a la sociedad no escolarizada. Para el caso de Asturias, el testimonio es especialmente valioso por el vacío que produce la desaparición del archivo universitario histórico. Todo desde un ámbito local, precioso y necesario para la comprensión del ámbito nacional e internacional en la época de referencia. Esa perspectiva universal –identificada con la cultura civilizada occidental– era la querida, además, por los autores de los *Anales*.

Veintiocho años más tarde de la desaparición de los *Anales*, en plena guerra civil española, reapareció el título, con el que se pretendía «reanudar los (anales) publicados hasta el año de 1911»<sup>(9)</sup>. Pero el fin de la publicación era muy distinto: servir de instrumento de propaganda política del franquismo. Se recogen, de nuevo, noticias de las actividades realizadas por la Universidad, pero no como muestra de un proyecto de renovación cultural, sino como instrumento de legitimación del Movimiento Nacional.

Los once volúmenes de estos nuevos *Anales* recogen noticias de la vida universitaria, pero son, en realidad, el cauce de propaganda de que se sirvió el rectorado. Su contenido se nutre principalmente de la transcripción de los numerosos –pasan de la centena– y, en general, acalorados, discursos pronunciados por el rector Sabino Álvarez-Gendín, que aparece en las páginas de los *Anales* en su versión de conferenciante propagandista, del mismo modo que otros rectores de otras Universidades en este mismo contexto<sup>(10)</sup>.

---

ser de Leopoldo Alas, cuya cortinilla recorrió su hijo Leopoldo Alas y García, y en un aula de la Universidad, adornada con los atributos de la ciencia y el arte, del arquitecto Laguardia, en la que decía: «en esta cátedra explicó el insigne maestro y publicista Leopoldo Alas, 1883-1901. Recuerdo cariñoso de sus discípulos».

(7) En el volumen III de los *Anales* se da cuenta del nombramiento de Buylla y Posada como jefes técnicos de la sección tercera (Estadística) y primera (Bibliografía y Legislación) del Instituto de Reformas Sociales por Real Orden de 23 de mayo de 1904. Sus cátedras las acumularon Altamira y Jove. En el prólogo del volumen IV, escrito por el rector Canella, se da cuenta de la gran pérdida que para los *Anales* supuso la marcha de ambos, como previamente el fallecimiento de Alas. Y también la del rector Aramburu, trasladado a la Universidad de Madrid.

(8) Son palabras empleadas en la memoria del curso 1909/1910 de Extensión Universitaria, que se recoge en el volumen V de los *Anales*.

(9) Son palabras del rector Sabino Álvarez-Gendín en el prólogo al primer volumen de los nuevos *Anales*, numerado como VI.

(10) Compárese, por ejemplo, con los discursos de Manuel Torres López, rector de la Universidad de Salamanca, de «tono mitinero pleno de retórica falangista», estudiados por INFANTE MIGUEL-MOTTA, Javier.

Como la tarea de presentar al lector un resumen crítico del contenido de los *Anales* necesita tiempo y espacio, nos ocuparemos en este momento sólo de la primera y fundamental época de los *Anales*, y dejaremos para un momento posterior, la segunda.

### I. LOS ANALES DEL GRUPO DE OVIEDO<sup>(11)</sup>

La idea de los *Anales* partió de Adolfo González-Posada y fue aceptada, por unanimidad, en el claustro universitario reunido el 16 de enero de 1901. Posada, como recordará Giner de los Ríos, tituló a la publicación «El Libro de la Universidad de Oviedo»<sup>(12)</sup>.

La revista pretendía ser un testimonio de la vida universitaria, no la administrativa propia de anuarios y memorias, sino la académica, y más que desde el punto de vista investigador o científico, desde el pedagógico<sup>(13)</sup>. No se recogerían, así, trabajos de investigación de los profesores, como hacían otros *Anales* europeos y americanos,

---

«Tiempo de estudio, militancia católica y adhesión entusiasta a la sublevación militar: la estancia en Salamanca del profesor Manuel Torres López (1926-1940)», en INFANTE, Javier, y TORIJANO, Eugenia (coords.), *De nuevo sobre juristas salmantenses. Estudios en homenaje al profesor Salustiano de Dios*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2015, pp. 199-229. Sobre Sabino Álvarez-Gendín vid. SEMPAU DÍAZ DEL RÍO, Rafael, *La Universidad de Oviedo bajo el franquismo: el rectorado de Sabino Álvarez-Gendín*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2010.

(11) Enumero una bibliografía básica, que he revisado a raíz de este trabajo, sobre el *Grupo de Oviedo*: MELÓN FERNÁNDEZ, Santiago, *Un capítulo de la Historia de la Universidad de Oviedo (1883-1910)*. Oviedo: Instituto de Estudios Asturianos, 1963; y *El viaje a América del profesor Altamira*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1987; URÍA, Jorge, «La Universidad de Oviedo en el 98. Nacionalismo y regeneracionismo en la crisis finisecular española», en URÍA, Jorge (coord.), *Asturias y Cuba en torno al 98*. Barcelona: 1994, pp. 69-196; e *Institucionalismo y reforma social en España: El Grupo de Oviedo*. Madrid: Talasa, 2000; PRADO, Gustavo H., «La Universidad de Oviedo, Rafael Altamira y la J.A.E.: controversias en torno a la gestión de las relaciones intelectuales hispano-americanas (1909-1911)», en *Revista de Indias*, 67, núm. 239, 2007, pp. 33-58; y *Rafael Altamira en América (1909-1910): historia e historiografía del proyecto americanista de la Universidad de Oviedo*. Madrid: CSIC, 2008; CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Dos estudios sobre Rafael Altamira*. Oviedo: Academia Asturiana de Jurisprudencia, 1999; *In Memoriam. Leopoldo Alas «Clarín». Jurista*. Oviedo: Facultad de Derecho, 2001; *Rafael Altamira y el Grupo de Oviedo. Exposición. Bibliografía y Documentos*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2002; *El «Grupo de Oviedo». Discursos de apertura del curso de la Universidad de Oviedo (1861-1903)*. Estudio preliminar y edición. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2002; «El grupo de Oviedo o la fuerza del ideal», en *Boletín del Real Instituto de Estudios Asturianos*, 161, 2003, pp. 7-48; «Las enseñanzas en la Universidad de Oviedo durante el siglo XIX» y «La Extensión Universitaria y la Universidad del Tercer Centenario», en *Tradición de futuro. Exposición Cuatro Siglos de Historia de la Universidad*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2008, pp. 213-244; e *Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (1608-2008)*. Segunda edición ampliada. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2014, pp. 125-185. Como reflejo de la importancia del paso del Grupo de Oviedo por la Universidad, en la última obra citada, Coronas le dedica casi el veinte por ciento de las páginas dedicadas a trazar la historia de cuatrocientos años de la Universidad de Oviedo.

(12) Reseña el primer volumen de los *Anales*: «El libro de la Universidad de Oviedo», por el profesor D. F. Giner, en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 26, 30 de junio de 1902, núm. 507, pp. 161-167. Vid. también el certificado del acuerdo del claustro de 16 de enero de 1901, en el que se aprobó la publicación de los *Anales*, recogido en el volumen I.

(13) Sobre los *Anales* vid. CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Historia de la Facultad de Derecho...*, op. cit., pp. 153-154, 162-164 y 331-332. Sobre memorias y anuarios universitarios, pp. 145-147. Coronas dice de los *Anales* que son el «órgano de expresión académica» del *Grupo* y que «pretendían mostrar, con cierto orgullo ingenuo, la nueva realidad de una Universidad pequeña pero de ambición universal como la misma ciencia que intentaba renovarse» (p. 331). Vid. del mismo autor, *Rafael Altamira y el Grupo de Oviedo*, op. cit., pp. 52-55.

aunque sí se enumerará su producción bibliográfica. Se plasmarían, mejor, testimonios de la vida académica, para reflejar, por un lado, el proceso de enseñanza y aprendizaje (clases, trabajos con los alumnos, prácticas...) y, por otro, las relaciones culturales externas entre Universidades y entre la Universidad y la sociedad no escolarizada<sup>(14)</sup>.

Su labor era, por tanto, modesta, pero su finalidad muy ambiciosa: ser testimonio del camino que recorrería la Universidad de Oviedo para convertirse en una Universidad moderna, que, además de formar profesionales, hiciese ciencia, cumpliera una labor pedagógica renovada, y, a la vez, estuviese plenamente integrada en la sociedad, según el modelo de las Universidades francesas, alemanas, inglesas, suizas, norteamericanas e hispanoamericanas. Los *Anales* serían la memoria de la acción regeneradora en que se empeñó el *Grupo*: «Suministraremos más propias y completas noticias acerca de lo que en su modesta esfera significa, para la magna obra de la educación nacional, la Universidad de Oviedo»<sup>(15)</sup>. Y, a la vez que testimonio, serían un instrumento de difusión, para la puesta en común del proyecto con el resto de Universidades, especialmente dentro de la comunidad hispanoamericana: «[...] pudiendo con tan valioso instrumento responderse al cambio de ideas con los demás centros similares de América Latina»<sup>(16)</sup>.

La idea de comunidad hispanoamericana está directamente vinculada a la aparición de los *Anales*. En el marco del IV Centenario del Descubrimiento, el *Grupo de Oviedo* impulsó las relaciones entre esta familia y hermandad, considerada una «comunidad de raza», lo que era propio del nacionalismo romántico que entendía la nación como un sentimiento de identidad cultural, en especial lingüística, religiosa e histórica<sup>(17)</sup>. Entre otras muchas formas, esas relaciones se desarrollarían a través del intercambio de profesores, alumnos y publicaciones, entre ellas, las de revistas universitarias. Las Universidades americanas venían publicando *Anales*, y algunas comenzaron a enviarlos a Oviedo, que publicaría a partir de entonces los propios, en correspondencia<sup>(18)</sup>.

Junto a la idea de comunidad hispanoamericana está presente siempre la de regeneración como «obra salvadora de la civilización», de la que se sintió directamente responsable el *Grupo de Oviedo*, desde su ámbito familiar: «interesados en la prosperidad de la patria pequeña por amor a la patria grande»<sup>(19)</sup>.

(14) Los fines de los *Anales* se enumeran en el prólogo al volumen IV.

(15) Prólogo de Aramburu al volumen I de los *Anales*.

(16) Acta de aprobación de los *Anales*, reproducida en el volumen I. Se acordó tirar quinientos o seiscientos ejemplares a cargo de un donativo de Rafael Calzada.

(17) En el prólogo del volumen I de los *Anales*, el rector Aramburu, se refiere a esta comunidad: «por el amor a ideas comunes y por afinidades y simpatías de raza siempre poderosas, aunque hasta aquí harto descuidadas e ineficaces».

(18) También otras Universidades francesas e italianas. En el prólogo del volumen IV de los *Anales* se citan como ejemplos los *Anales* de Lyon, Aix, Génova, Padua, Pisa, Perusa, Oporto y Tolosa. Y, entre las americanas: Méjico, Argentina (Buenos Aires, La Plata y Córdoba), Santiago de Chile, San Marcos de Lima, Venezuela, Asunción, Brasil y Cuba. La Biblioteca de la Facultad de Derecho poseía *Anales* de las Universidades de Chile, Buenos Aires, Quito y también de Bolonia. CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. *Historia de la Facultad de Derecho...*, op. cit., p. 153.

(19) Son palabras del prólogo de Aramburu al primer volumen de los *Anales*: «La madre patria, la vieja España, que en lejanos días desempeñó misión verdaderamente importante y trascendental en la suerte del

Se unen, así, las características que mejor definen la labor del *Grupo*: el internacionalismo, como idea de comunidad y civilización; a la vez, el regionalismo o nacionalismo en sentido de comunidad local también cultural; y el ideal pedagógico, de modo que la educación posibilitaría la integración de todas las clases sociales en la comunidad, y el cambio económico-social llevaría al político-jurídico.

En la Universidad de Oviedo, identificada básicamente con la Facultad de Derecho, era entonces rector Félix de Aramburu y Zuloaga, catedrático de Derecho Penal. El decano de Derecho era Adolfo Álvarez-Buylla, quien asumió la dirección de los *Anales* junto Rafael Altamira y Crevea, reciente catedrático de Historia del Derecho. La financiación de la revista se reducirá a una partida en el presupuesto del Ministerio de Instrucción Pública y, sobre todo, a las donaciones llegadas, de nuevo, de Hispanoamérica<sup>(20)</sup>.

La feliz coincidencia en Oviedo de varios profesores que se vieron capaces de afrontar la renovación pedagógica y científica hizo nacer el *Grupo*, que debemos vincular al regeneracionismo propio de la Generación de 1898 y al krausismo, por mucho que podamos ampliar la nómina de integrantes y abarcar un abanico de posibilidades ideológicas<sup>(21)</sup>. Los mismos profesores de Oviedo se muestran como una familia compuesta por «hermanos en creencias»<sup>(22)</sup>, y cuando comiencen a recibir duras críticas, acusados de poner la Universidad al servicio de una ideología determinada y de su propia carrera política, presumirán de incorporar monárquicos y republicanos, individualistas y socialistas, liberales e intervencionistas<sup>(23)</sup>.

En todo caso, el *Grupo* se basó en un pilar formado por pocos, que podemos reducir a cinco profesores. En 1877, Buylla se incorporó a las cátedras de Economía Política y Hacienda Pública; en 1883 Leopoldo Alas *Clarín* a la Derecho Romano, y Posada<sup>(24)</sup> a la de Derecho Político Español comparado con el Extranjero. A este núcleo se unieron luego dos figuras fundamentales: Aniceto Sela Sampil, en 1891, catedrático de Derecho

---

mundo, atraviesa hoy crisis suprema, que es preciso salvar por el esfuerzo y con el auxilio de los que aquí heredaron su nombre y sus glorias y de los que allá conservan, una vez extintos odios y diferencias en mala hora nacidos, memorias y simpatías que Dios y la Historia consagran como perennes y que la nueva civilización hará crecer año tras año». Y de Buylla en un resumen del estado de la Universidad de Oviedo, también en el volumen I de los *Anales*.

(20) 1.000 pesetas para el volumen IV de los *Anales*, y dinero llegado de Argentina y Cuba.

(21) En este sentido amplio del *Grupo* incorpora otros nombres CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., «El Grupo de Oviedo o la fuerza de un ideal», *op. cit.*, pp. 17-48. Así, Guillermo Estrada Villaverde, Félix Pío Aramburu y Zuloaga, Fermín Canella y Secades, José María Rogelio Jove y Bravo, José Manuel Piernas Hurtado, Víctor Díaz Ordóñez y Escandón, Inocencio de la Vallina, Rafael Ureña y Smenjaud, Gerardo Berjano y Escobar y Eduardo Serrano Branat.

(22) Son palabras Buylla en su recuerdo al fallecido Alas. Volumen I de los *Anales*.

(23) Son palabras de Canella en la apertura del curso de Extensión Universitaria de 1905-1906. Se refería a las críticas del catedrático Simonena en la Universidad de Valladolid, que consideraba impropia de la Universidad la función social impulsada por el *Grupo*. Volumen IV de los *Anales*. Sobre las críticas recibidas por el *Grupo* vid. CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., «El Grupo de Oviedo o la fuerza de un ideal», *op. cit.*, pp. 15-16; e *Historia de la Facultad de Derecho*, *op. cit.*, p. 155.

(24) En palabras de CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Historia de la Facultad de Derecho*, *op. cit.*, p. 139, es el «alma de toda iniciativa académica de la Universidad de Oviedo, en el tiempo de su renovador magisterio».

Internacional Público y Privado, y Rafael Altamira y Crevea, en 1897, catedrático de Historia General del Derecho Español.

Como hemos adelantado, cuando Buylla, Posada y Altamira abandonen Oviedo, para ascender en su carrera profesional, el trabajo del *Grupo* se verá muy afectado. A su lado trabajaron y continuaron la labor otros profesores, como Fermín Canella y Secades, catedrático de Derecho Civil Español Común y Foral, desde 1876, y su ayudante Eduardo Serrano<sup>(25)</sup>, Melquiades Álvarez, profesor auxiliar en el curso 1898/1899, que sustituyó a Alas, en 1901, y Gregorio Jove y Bravo, catedrático de Derecho Administrativo desde 1886, entre otros. Pero, como los propios *Anales* transmiten, ya nada volvió a ser lo mismo, y el proyecto común fue quedando cada vez más desdibujado. Su gran labor, desde un espacio tan periférico como era Oviedo, quedó así reducida, a modo de «cenicienta», como denunció el propio Canella<sup>(26)</sup>.

La lectura de los *Anales* nos permite apreciar, en su verdadera medida, la tarea del *Grupo*, en sus varias facetas, principalmente las vinculadas a la renovación pedagógica y, en menor medida, científica, con el objeto de alcanzar la modernidad en ambas.

Para el despegue universitario en las dos vertientes fue fundamental la defensa de la autonomía universitaria, científica y económica, promovida desde el Congreso pedagógico y socioeconómico hispanoportugués y americano de 1892, al que siguieron los de Enseñanza Superior en París en 1900<sup>(27)</sup> y, en España, las I y II Asambleas Universitarias de Valencia, en 1902, y de Barcelona, en 1905, esta última con la presencia de Gumersindo de Azcárate, Giner de los Ríos y Unamuno. Los representantes de Oviedo –Melquiades Álvarez y Sela<sup>(28)</sup>– defendieron en estas últimas un modelo tomado de Francia, que combinase el centralismo con la peculiaridad, para responder a las necesidades regionales y acercar la Universidad a la sociedad, que era la gran preocupación, para dejar de ser una «torre de marfil»<sup>(29)</sup>. Las exigencias se repiten a lo largo de la historia<sup>(30)</sup>: Una ley general estable, para lo que era necesario un programa común entre los partidos de manera que se evitase el cambio continuo con los ministros y la regulación reglamentaria, calificada de «funesta costumbre»; la participación de la comunidad universitaria en el proceso legislativo a través de la creación de un centro técnico en el Ministerio de Instrucción y la correspondiente

(25) La necrológica de su hijo, alumno de la Universidad, se recoge en el volumen III de los *Anales*.

(26) «[...] dejemos de ser la cenicienta de la enseñanza cuando somos los únicos relacionados o conocidos en Europa y América». Carta a Rafael Altamira, fechada en Oviedo, el 8 de junio de 1910, reproducida por PRADO, Gustavo H., «La Universidad de Oviedo, Rafael Altamira y la J.A.E...», *op. cit.*

(27) El rector Aramburu aparece como uno de los vicepresidentes, y se leyeron comunicaciones sobre colonias escolares, la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos y Sociales y la Extensión Universitaria de Oviedo. Volumen I de los *Anales*.

(28) Por su parte, Altamira y Canella asistieron al Congreso Internacional de Educación Popular celebrado en Bruselas en noviembre de 1909.

(29) Entre los anexos del volumen I de los *Anales* puede consultarse un dictamen del claustro sobre el proyecto de Ley de Autonomía Universitaria, de 26 de octubre de 1900, tras la oportuna consulta realizada por el Ministerio de Instrucción Pública.

(30) Son datos tomados de las conclusiones de la Asamblea Universitaria de Valencia, que pueden consultarse en los anexos del volumen II de los *Anales*.

consulta a los claustros; mejor dotación para el desarrollo científico, tanto para la investigación, como para el intercambio interuniversitario; organización de la plantilla docente<sup>(31)</sup>; exigencia de productividad a los profesores<sup>(32)</sup>; acceso de los universitarios mediante selección de las propias Facultades; límite de alumnos por clases<sup>(33)</sup> y potenciación de las prácticas.

La Universidad de Oviedo contaba entonces con la Facultad de Derecho y la Sección de Ciencias. En el primer caso, los estudios se limitaban, según el modelo ilustrado y liberal, al Derecho nacional o patrio, en sus dos ramas –Público y Privado–, identificado, además, el Derecho con los recientes códigos, y vinculado su estudio al ejercicio profesional<sup>(34)</sup>. Los planes de 1883 y 1900 pretendieron acercarse al modelo moderno de las Universidades europeas para formar juristas en sentido amplio y completo<sup>(35)</sup>. El *Grupo de Oviedo* se empeñó con esfuerzo en tal tarea, como veremos al analizar la renovación científica reflejada en los *Anales*<sup>(36)</sup>. En este sentido, destaca también la Facultad o Sección de Ciencias, desde 1895, en la que impartieron clases profesores que formaron parte del *Grupo* renovador, tan vinculado a Derecho. Entre todos, destaca la figura de José Mur<sup>(37)</sup>. Esta Facultad también impartía estudios preparatorios para las Escuelas Especiales de Ingenieros y Arquitectos y las Facultades de Medicina y Farmacia. El primer año de implantación se matricularon ochenta y seis alumnos, muy por debajo de los quinientos noventa y tres de Derecho. Por su parte, los estudios de Filosofía y Letras, que aparecieron de forma esporádica, en 1892, eran preparatorios de los de Derecho, de modo que su objeto era ampliar las nociones elementales que se impartían en el instituto en las materias más relacionadas con el Derecho<sup>(38)</sup>.

---

(31) Catedráticos, profesores numerarios, profesores agregados, doctores con estudios de pedagogía y profesores extraordinarios de fama y notoriedad.

(32) Al menos, una publicación anual. Por su parte, los *Anales* recogen en sus volúmenes la producción bibliográfica de los profesores de la Universidad de Oviedo.

(33) Cincuenta.

(34) Los *Anales* enumeran asignaturas y profesores encargados: Derecho Civil Español Común y Foral (Canella y Serrano), Economía Política y Hacienda Pública (Buylla y tras su marcha Altamira), Instituciones de Derecho Romano (Alas y tras su muerte Melquiades Álvarez), Elementos de Derecho Natural (Alas y tras su muerte Pérez Bueno, en el curso 1903/1904, y desde 1907 José Buylla y Gordino), Derecho Político Español comparado con el Extranjero (Posada y tras su marcha Jove), Derecho Administrativo (Jove), Derecho Internacional Público y Privado (Sela), Historia General del Derecho Español (Altamira, sustituido en el curso 1909/1910 por el profesor auxiliar Ángel Corujo y Valvidares), Derecho Penal (Aramburu, a quien sustituyó, en 1905, Enrique de Benito), Instituciones de Derecho Canónico (Víctor Díaz-Ordóñez y Escandón), Derecho Mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América (Gerardo Bejarano y Escobar) y Procedimientos judiciales y práctica forense (Juan María Rodríguez Arango).

(35) Sobre los planes de estudio desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta la primera del siglo XX *vid.* CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Historia de la Facultad de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 61-71 y 80-100.

(36) *Vid. infra* apartado 3.

(37) He prestado menos atención al estudio de las Ciencias, que también puede seguirse a través de los *Anales*. Las asignaturas impartidas eran: Análisis Matemático, Geometría Métrica, Geometría Analítica, Química general, Mineralogía y Botánica, Física General y Zoología General.

(38) En el curso 1902-1903, las enseñanzas estaban a cargo de Justo Álvarez y Amendi. *Vid.* el volumen II de los *Anales*. Las asignaturas: Lengua y Literatura españolas, Lógica Fundamental (Dialéctica para la razón, Crítica para la certeza y Metodología para la verdad y demostración científica) e Historia de España.

Los *Anales* nos acercan al proyecto regeneracionista del *Grupo*. En el sentido más amplio, sus páginas nos transmiten las críticas al Estado liberal, una vez superado el tránsito desde el Antiguo Régimen, y el proyecto de avance y modernización en todos los ámbitos político, jurídico y socio-económico<sup>(39)</sup>. Las corrientes historicista, romántica, nacionalista, sociológica..., extendidas tras 1898, siquiera como reacción al racionalismo y el positivismo, se reflejan en los trabajos realizados por los profesores y alumnos en la Universidad asturiana, recogidos en la publicación.

En fin, nos transmiten una nueva idea de Universidad, que debía renovar su función científica y pedagógica, y, además, asumir una nueva función social propia, no exclusiva de las instituciones políticas de representación y gobierno. La regeneración cultural se afrontó en Oviedo desde varios frentes y a través de múltiples proyectos, iniciativas y actividades recogidos, insisto, en los *Anales*.

En cuanto a la labor investigadora, aunque no sea la principal, los profesores del *Grupo* reflexionaron, escribieron y difundieron obras enmarcadas en una nueva ciencia experimental, empeñada en indagar, y de carácter monográfico, en materias literarias, lingüísticas, históricas, etnográficas, lógicas y jurídicas, fundamentalmente desde la perspectiva de la nueva ciencia de la Sociología. Fundaron academias y otras instituciones científicas y profesionales, y publicaron otras revistas, periódicos y obras colectivas, para la difusión de su trabajo: *Asturias*, *La Ilustración Gallega y Asturiana*, *Revista de Asturias*, *El Noroeste*, *El Carbayón*<sup>(40)</sup>... Los juristas del *Grupo* contribuyeron al desarrollo científico de las ramas emergentes del Derecho, como el Derecho Político y Administrativo (Posada<sup>(41)</sup>), la Economía Política, el Derecho del Trabajo (Buylla<sup>(42)</sup>), la Historia del Derecho y el Derecho Internacional (Altamira<sup>(43)</sup>). Otros (Aramburu<sup>(44)</sup>, Canella<sup>(45)</sup>,

---

(39) La Universidad de Oviedo en esta época ha sido calificada como «uno de los principales laboratorios del reformismo liberal español» por PRADO, Gustavo H., «La Universidad de Oviedo, Rafael Altamira y la J.A.E...», *op. cit.*

(40) SUÁREZ RODRÍGUEZ, María del Carmen, *La Universidad de Oviedo desde EL Carbayón (1898-1902)*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1990. Me he ocupado del *Grupo de Oviedo* al resumir el contexto histórico de la Restauración en Asturias en «Crisis del Antiguo Régimen y Liberalismo (1788-1898)», en FERNÁNDEZ PÉREZ, Adolfo y FRIERA SUÁREZ, Florencio, *Historia de Asturias*. Oviedo: KRK, 2005, pp. 507-694

(41) Vid. GONZÁLEZ-POSADA, Adolfo, *Principios de Derecho Político*. Madrid, 1884; *Tratado de Derecho político*. Madrid: 1893; *Ciencia política*. Barcelona, 1902; *Hacia un nuevo Derecho Político: reflexiones y comentarios*. Madrid: 1931; *Sociología contemporánea*. Barcelona: 1905.

(42) Entre otras, ÁLVAREZ-BUYLLA Y GONZÁLEZ-ALEGRE, Adolfo, *Estudios sobre el concepto de economía*. Oviedo: 1887; *Economía*. Barcelona: 1901; *La protección del obrero (acción social y acción política)*. Madrid: 1910; *La reforma social en España: discursos leídos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Madrid: 1917.

(43) ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *Historia de la propiedad comunal*. Madrid: 1890; *Historia de España y de la civilización española*. Barcelona: 1902; *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares*. Madrid: 1903; *La Sociedad de las Naciones y el proyecto de Tribunal Permanente de Justicia Internacional*. Madrid: 1920; *Colección de textos para el estudio de la historia y de las instituciones de América*. Madrid: 1929.

(44) ARAMBURU Y ZULOAGA, Félix de, *Monografía de Asturias*. Oviedo, 1899. Reimpreso en Gijón: Silverio Cañada, 1989.

(45) Entre otras, CANELLA Y SECADES, Fermín, *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su distrito (Asturias y León)*. Oviedo: 1873; 2ª edición, 1903-1904. Reimpresión facsímil en Oviedo: Universidad de Oviedo, 1985; *Estudios asturianos (Cartafueyos d' Asturias)*. Oviedo: 1886;

Jove<sup>(46)</sup> y el propio Altamira<sup>(47)</sup> se dedicaron a los estudios regionales y consuetudinarios, según la metodología de la Sociología Jurídica difundida por Joaquín Costa<sup>(48)</sup>, de modo que son los padres de la historiografía asturianista moderna, iniciada por los ilustrados. Entre otros méritos, tienen los de haber destacado que la peculiaridad no era exclusiva de las regiones con reconocido Derecho foral en el marco del nuevo Estado liberal y del Derecho codificado, sino que se extendía a otras provincias enmarcadas en el llamado Derecho Común; y de haberse fijado, no sólo en los fueros públicos, sino también en los privados, con el consiguiente avance en los estudios sobre el Derecho consuetudinario y la promoción de cátedras de Derecho foral, al modo de la Universidad de Barcelona<sup>(49)</sup>. Este regionalismo, como ya hemos adelantado, es una manifestación del nacionalismo como corriente doctrinal difundida por la clase intelectual liberal y romántica de la Restauración, que identificaba la nación con un sentimiento de comunidad, unida por vínculos tradicionales geográficos, religiosos, lingüísticos, étnicos, consuetudinarios, institucionales..., frente a la idea de nación como cuerpo político del primer liberalismo racionalista.

En cuanto a la labor docente, la más importante para el *Grupo*, renovaron los anticuados métodos pedagógicos y los adaptaron a la experiencia moderna, tomando «aire europeo en los pulmones»<sup>(50)</sup>. Si se fijaron especialmente en Alemania para el método investigador, para el pedagógico lo hicieron en Francia, Inglaterra y Norteamérica<sup>(51)</sup>. Potenciaron las clases participativas, la formación práctica, los viajes de estudios, las excursiones, las conferencias, los certámenes, las conmemoraciones, las veladas literarias...

La tercera y magna función de la Universidad era para el *Grupo* la extensión de dicha labor pedagógica a toda la comunidad, identificada con la sociedad, compuesta por individuos enmarcados en clases. La idea, como también hemos adelantado, era que la Universidad no contribuyese sólo a la formación de los jóvenes burgueses para el ejercicio profesional, sino, sobre todo, al enriquecimiento cultural, también de las clases desfavorecidas, en concreto, la clase obrera, para su integración social en el

---

*Asturias. Su historia y monumentos, bellezas y recuerdos, costumbres y tradiciones, el bable, asturianos ilustres, agricultura e industria, estadística.* Obra dirigida por Octavio Bellmunt y Traver y Fermín Canella y Secades. Gijón: 1895-1900. Reimpreso en Gijón: Silverio Cañada, 1980.

(46) JOVE Y BRAVO, Rogelio, *Los foros en Asturias y Galicia. Estudio jurídico*. Oviedo: 1876.

(47) ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *Tierras y hombres de Asturias*. México: 1949; Oviedo: KRK, 2005.

(48) COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho*. Madrid: 1876; *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*. Madrid: 1880; *Plan de un tratado sobre el Derecho consuetudinario*. Madrid: 1887; *Materiales para el estudio del Derecho municipal y consuetudinario de España*. Madrid: 1885; *Estudios ibéricos*. Madrid: 1891-1895; *Derecho consuetudinario y economía popular*. 2 vols. Zaragoza: 1981; *Colectivismo agrario en España. I. Primera parte. Doctrinas. II. Segunda parte. Hechos*. Zaragoza: 1983; *La vida del Derecho. Ensayo sobre el derecho consuetudinario*. Madrid: 1914. Reimpresión facsímil. Pamplona: 2003.

(49) Se fijaron en esta cátedra Sela y Melquiades Álvarez, en la II Asamblea Universitaria celebrada en Barcelona en 1905. Volumen III de los *Anales*.

(50) Son palabras de Buylla en un repaso al estado de la Universidad, en el volumen I de los *Anales*, que anima a mirar al modelo pedagógico de las Universidades de Alemania, Francia, Inglaterra, Bélgica, Holanda e Italia, desde un «sentimiento de nuestra inferioridad, es cierto», pero con «convencimiento de que cabe levantarse».

(51) De Alemania la «solidez de la investigación científica»; de Francia, el «humanismo universal»; de Inglaterra la «formación enérgica del individuo y de la raza»; y de Norteamérica la «audacia de los métodos pedagógicos» resumía Giner en su reseña de los *Anales*. «El libro de la Universidad de Oviedo», *op. cit.*

orden establecido. Incluso, con el tiempo, esa integración a través de la cultura podría extenderse a otros grupos excluidos, hasta entonces, de la comunidad civilizada, como las mujeres<sup>(52)</sup>.

En un nuevo mundo industrializado y capitalista, capaz de generar nuevas y graves desigualdades socio-económicas, y con la clase obrera ya organizada, la labor de los intelectuales, que suele calificarse de paternalista, se unió, desde su ámbito educativo, a la que emprendieron las diversas fuerzas de poder, políticas, desde el Parlamento, el Gobierno y los Partidos, económicas y eclesiástica, con la idea de abordar el movimiento obrero y la cuestión social. Su fin: integrar a la clase obrera en el orden liberal establecido, basado en el individualismo y la libertad, de comercio, propiedad, trabajo, contratación, asociación, enseñanza... El liberalismo más clásico, con su separación entre el Estado y la sociedad, es la doctrina de buena parte de los miembros del *Grupo*, aunque su núcleo, especialmente Posada y Buylla, proponía claramente la necesidad de revisar el Liberalismo tanto en lo socio-económico como en lo político. En un período anterior a la Primera Guerra Mundial, todavía se confiaba en el progreso económico y social, y en el Derecho y la comunidad internacional como instrumentos básicos del cambio<sup>(53)</sup>. En este ámbito, a camino entre la beneficencia y los derechos sociales, aún lejanos, se tomó conciencia de que el progreso político planteado como democratización y el económico basado en la industrialización precisaban del desarrollo social y cultural, que debía asumir el Estado. En el Instituto de Reformas Sociales, tras su experiencia en Oviedo, se unieron, precisamente, Posada y Buylla. La intención, sin duda, era buena, aunque se nos presente con contradicciones, entre la ingenuidad y la ilusión, y desde una perspectiva de superioridad moral propia del Liberalismo de la época<sup>(54)</sup>.

Toda esta obra encarada por el *Grupo de Oviedo* nos la transmiten los *Anales* que dejaron para la posteridad, a modo de diario de sus iniciativas y logros, y como instrumento de difusión de su proyecto. A continuación, analizaremos el contenido de la publicación, organizado en tres materias, que no son sino los fines atribuidos a la Universidad moderna: la renovación pedagógica, el progreso científico y la comunidad universitaria internacional, y la labor socializadora, la exteriorización, extensión, vul-

---

(52) De nuevo es claro Giner: «Mañana quizá vendrán la mujer, el anormal, el delincuente...». En *El libro de la Universidad de Oviedo*, *op. cit.*

(53) Un buen resumen del momento, en STOLLEIS, Michael, «La idea europea de Estado de Derecho», en *La Metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 8. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014, pp. 27-55.

(54) Así, mientras plantean serias medidas contra el alcoholismo, como «horrible vicio que tantos estragos produce, sobre todo en las clases llamadas desheredadas de la fortuna», en palabras de Buylla (volumen I de los *Anales*), no sienten reparo en narrar los banquetes de los profesores en la biblioteca universitaria, en los que «alguno perdía la noción, o como hoy diríamos, el control. Estrada y Alas sentían más que todos los efectos del champagne. Estrada perdía entonces su serena ecuanimidad y charlaba graciosamente hasta que, satisfecho y gozoso, caía rendido adormilándose sin despertar hasta que Canella y yo (Posada) lo conducíamos cogido a nuestros brazos a su domicilio. A Alas lo llevaban Aramburu y Buylla a tomar el fresco al Campo de San Francisco o, si el tiempo lo impedía, al Casino». Son palabras de Posada, de las que nos da cuenta CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Historia de la Facultad de Derecho...*, *op. cit.*, p. 150. Por su parte, es testimonio de la incardinación del alcohol en la cultura de la época que proporcionan los *Anales* de que en las colonias infantiles de verano, los niños y niñas de diez años comían y cenaban diariamente con «un poco de vino tinto».

garización o difusión social que debía afrontar la Universidad, para influir y contribuir, dirían los mismos profesores, a la formación del espíritu público de la sociedad.

Las secciones en las que se dividieron los *Anales* variaron a lo largo de los cinco volúmenes<sup>(55)</sup>. Pero las permanentes y más importantes coinciden con los instrumentos de los que se valió el *Grupo* para cumplir los tres fines citados, y de los que, por tanto, se sintieron más orgullosos: Enseñanza de la Cátedra, que refleja las clases ordinarias en la Universidad, con el trabajo de profesores y alumnos en las distintas asignaturas; Extensión Universitaria y Colonias Escolares, instituciones básicas para el cumplimiento de la función social universitaria; y Escuela de Práctica Jurídica, que es la modesta aportación del *Grupo* al desarrollo de la investigación científica.

Las secciones siempre aparecen en los índices, al final de cada volumen. Hubo algunas, como acabamos de decir, que se mantuvieron del principio al fin: Prólogo, Enseñanza de la Cátedra, por Facultades, Extensión Universitaria y Colonias Escolares de Vacaciones. Para quedarse, en el volumen II, llegó la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos y Sociales, pronto sólo Jurídicos. Otras secciones fueron las siguientes: Excursiones escolares; Materiales de Enseñanza, ambas como complemento a la sección principal de Enseñanza de la Cátedra; La Universidad de Oviedo en el Exterior; Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad de Oviedo; Fiestas y solemnidades universitarias, sección que ocupa buena parte del volumen V, con motivo de la celebración del III Centenario de la fundación de la Universidad ovetense; Visitas memorables de personajes ilustres; Bibliotecas, provincial universitaria y especial de la Facultad, que pretendió ser una sección ordinaria para dar cuenta del estado bibliográfico de la Universidad; y unos Apéndices históricos, que aparecieron en el volumen II como sección fija, pero que desaparecieron enseguida<sup>(56)</sup>.

## II. LA RENOVACIÓN PEDAGÓGICA

Una de las primeras secciones y de las más importantes de los *Anales* es la dedicada a «La Enseñanza en la cátedra». Por Facultades y cátedras o asignaturas, se recogen detalladas notas de los profesores «sobre los procedimientos de enseñanza» seguidos en sus clases, y los trabajos realizados por los alumnos. La información proporcionada es minuciosa, a través de programas, actas y diarios de las clases, con apuntes y repro-

---

(55) Las secciones las fijó el propio claustro que aprobó la publicación de los *Anales*, el 16 de enero de 1910. «Colonias escolares, Escuela práctica de Estudios Jurídicos y Sociales, memorias, resoluciones y antecedentes de la llamada Extensión Universitaria, con los extractos de sus conferencias, algunos trabajos especiales de sus profesores y alumnos, el informe de esta Escuela sobre el proyecto de organización de las Universidades y, por fin, un catálogo completo de las obras de sus profesores». La certificación del Secretario General José F. Quevedo y González Llanes, con el visto bueno del vicerrector Fermín Canella, se recoge en el primer volumen de los *Anales*.

(56) Los primeros apéndices aparecen con motivo del homenaje a Campomanes, y recogen la «noticia del regocijo de la Universidad de Oviedo con motivo del nombramiento por Su Majestad del Excelentísimo Señor Conde de Campomanes, al gobierno del Supremo Consejo de Castilla y concesión de la Gran Cruz de Carlos III», de 1790. En el volumen III se recoge una carta del cardenal Álvaro Díaz Cienfuegos y Sierra a la Universidad de Oviedo, presentada al claustro celebrado el 7 de julio de 1732, y se copia el acta del claustro del 13 de noviembre, con firmas que incluyen la de Feijoo.

ducción de los debates, trabajos y memorias de actividades. Su lectura nos traslada a las aulas de los profesores más renovadores del *Grupo* y se nos detalla la metodología seguida en el proceso de enseñanza y aprendizaje, con la participación activa de profesores y alumnos, en búsqueda de la comprensión y el desarrollo de la inteligencia. Abandonan la retórica del profesor para acoger el diálogo y el método socrático, y dan especial relevancia a las actividades prácticas y experimentales. Sin libros de texto o manuales, las explicaciones se acompañan o incluso sustituyen por exposiciones, diálogos, trabajos y tareas prácticas.

Voy a dar noticia sólo de la docencia en la Facultad de Derecho, pero el lector interesado puede consultar la propia de la Facultad de Ciencias, con el mismo detalle, para conocer los métodos pedagógicos y científicos empleados en las distintas asignaturas.

Entre todas las clases, destacan, sin duda, las de Buylla, Posada, Altamira y Sela, sin desmerecer la labor de Jove, Canella o Aramburu. En general, los profesores no explicaban el programa, sino que cada curso lo dedicaban «intensamente» a temas concretos. Los alumnos participaban activamente en la elaboración de las lecciones, con materiales variados: textos, mapas, bibliografía, resúmenes... Redactaban programas, explicaban lecciones, exponían temas, comentaban textos, criticaban libros y dialogaban con el profesor que explicaba pero, sobre todo, guiaba el aprendizaje. Trabajaban directamente con las fuentes: normativas, doctrinales, jurisprudenciales, bibliográficas, periodísticas, literarias, artísticas...<sup>(57)</sup>.

Como ya hemos advertido, el *Grupo* entendía que la docencia del Derecho no debía servir sólo para el ejercicio profesional, sino para la comprensión del Derecho, no limitado a códigos y leyes, sino como, digamos, ciencia de la jurisprudencia, y enmarcado plenamente en la sociedad. Por eso, para el estudio de lo jurídico, acogen, sobre todos, los métodos sociológico y comparado.

Entre la rica información que nos proporciona esta sección de los *Anales*, destacan los temas preferidos por los profesores para trabajar con los alumnos, que nos aproximan al método del *Grupo*, tanto pedagógico como científico. Son juristas que se sitúan entre el racionalismo codificador y el historicismo y romanticismo; entre el Estado liberal y la construcción, a la larga, de un Estado democrático y social. Podemos repasar, de este modo, el socialismo de Posada y Buylla, el internacionalismo de Sela, el historicismo, costumbrismo y folclorismo de Altamira, en la línea de la historiografía alemana, o el regionalismo y foralismo de Canella.

En las clases de Posada sobre Derecho Político, se trabajaron los siguientes conceptos y materias claves, siempre con el manejo de fuentes y a través del estudio comparado: constitucionalismo europeo y norteamericano, soberanía, reforma constitucional, derechos de la personalidad, partidos políticos, individuo, comunidad, y Estado solidario, corrector, educador y médico.

---

(57) Otros profesores, no obstante, seguían métodos tradicionales, con libros y apuntes, y algunas prácticas, como Pérez Bueno, que sustituyó a Alas en la cátedra de Derecho Natural. También nos dan cuenta de ello los *Anales*.

Sela aprovechaba cualquier noticia de actualidad para acercar a sus alumnos al estudio del Derecho Internacional Público y Privado, y utilizaba también la historia para su contextualización: intervención de España en Méjico en 1862, Marruecos, guerra ruso-japonesa, el orden público internacional, la paz y el desarme general europeo, Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Instituto de Derecho Internacional, previsiones sobre Derecho Internacional Privado recogidas en los códigos civiles español y alemán, el matrimonio y el divorcio en los textos internacionales, Segunda Escolástica española... Siempre proporcionaba a los alumnos los documentos oportunos para el tratamiento de la materia: tratados y conferencias internacionales, códigos, constituciones, prensa, artículos de revistas científicas, monografías... Y buscaba la comprensión del Derecho más allá de los códigos y las autoridades: «No hay un código que encadene» [...] «ni escritores cuya autoridad no pueda ser discutida, ni reglas consagradas por el uso que no admitan modificación; nada que dificulte el libre vuelo de la inteligencia»<sup>(58)</sup>.

Desde su cátedra de Historia del Derecho, Altamira trabajó con sus alumnos sobre los temas más diversos, tanto del pasado como de la actualidad, y con gran intensidad: leyes municipales romanas; Inquisición; usos, costumbres, folclore y, en general, Derecho consuetudinario, concretado en varios pueblos asturianos, como Salas, Teverga, Allande, Tineo, Cangas de Tineo, Cudillero e Infiesto<sup>(59)</sup>; muy relacionado con tal extremo, la vida socio-económica en Asturias, con interrogatorios para conocer costumbres sobre las más variadas cuestiones<sup>(60)</sup>; y el catalanismo, desde la perspectiva histórica y doctrinal. También dedicó algunos cursos al estudio del Derecho a través de la Literatura, con obras de Lope de Vega y, con motivo del III Centenario del Quijote.

En las clases de Derecho Civil impartidas por Canella, el estudio del flamante código civil y de la legislación complementaria se combinó siempre con el de los derechos forales<sup>(61)</sup>, la costumbre y la historia, desde el convencimiento de que el código «ha causado la inmovilidad histórica» del Derecho Civil<sup>(62)</sup>. Se trabajó sobre el fuero de Baylío, el matrimonio como estado de los individuos, la institución del jurado, el registro de la personalidad... El profesor utilizaba con sus alumnos fuentes muy variadas: históricas, árboles genealógicos, expedientes matrimoniales, diligencias de juzgados, documentos públicos de reconocimiento de hijos, adopción, tutela, registro civil, servidumbres, propiedad literaria, testamentos, arrendamientos...

Otro profesor que no hemos citado hasta ahora impulsó de manera importante la labor renovadora en el estudio del Derecho, en concreto, de su especialidad: el Penal. La tarea de Aramburu fue continuada y enriquecida con la de su sucesor en la cátedra:

---

(58) Volumen I de los *Anales*.

(59) Varios alumnos elaboraron trabajos sobre el Derecho consuetudinario de varios concejos asturianos en respuesta a la información promovida por la Sección de Ciencias Morales y Políticas del Ateneo de Madrid, en el curso 1901/1902. Se recogen en el volumen I de los *Anales*. Por su parte, el volumen III recoge nuevos trabajos, sobre instituciones concretas como los filandones, las comuñas, el concejo abierto, los jefes de la casa...

(60) Pesos, medidas, cuentas, formas de consumo, cooperativas, cajas de ahorro, industrias, división del trabajo, propiedad de la tierra, salarios, corporaciones, horas de trabajo, casas de obreros, seguros, sociedades de socorro, sindicatos, monedas, comercio, explotación, migración e instrucción técnica.

(61) Estudios sobre el Derecho en Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya.

(62) Volumen I de los *Anales*.

Enrique de Benito, que introdujo en Oviedo los estudios experimentales en materia penal y de criminología. Prestó, así, la mayor atención a las clases prácticas.

Los alumnos de Benito asistieron a juicios orales, visitaron cárceles, examinaron casos del Tribunal Supremo, realizaron estudios médicos sobre trastornos mentales y trabajos sobre medidas de prevención del delito en atención a situaciones como el alcoholismo, la infancia, el abandono y la prostitución, sobre la abolición de la pena de muerte propuesta por el Gobierno francés, sobre la ciencia penal histórica a través de la figura de Alfonso de Castro, etc. Pero, sin duda, lo más interesante fue el trabajo en el Laboratorio, en el que nos detendremos al analizar la renovación científica del *Grupo*, en el siguiente epígrafe. Los alumnos trabajaban con datos concretos, obtenidos por ellos mismos, que sometían a estudio, lo que les permitía descartar o confirmar doctrinas.

Para completar la renovación pedagógica, además de las clases participativas y la especial atención a las prácticas, el *Grupo* tuvo especial cuidado en fomentar las visitas y excursiones, como instrumento no sólo para completar la formación sino para integrar a la Universidad en la sociedad, de modo que se extendieron a los alumnos de las clases populares, como veremos en el cuarto epígrafe.

El modelo de excursiones se hallaba extendido por las Universidades de Madrid, Sevilla, Valencia y Barcelona. En 1900, se fundó una Unión Escolar Ovetense para organizarlas, pero el modelo deseado era el de la Asociación de Excursionistas de Cataluña, que trabajaba fundamentalmente sobre Historia y Geografía.

En los *Anales* se recogen las visitas a museos, talleres, fábricas, minas, canteras, tribunales, cárceles..., y las excursiones artísticas, arqueológicas y recreativas. Estas últimas tuvieron su propio lugar en la revista, como actividad fundamental y para mostrar los avances logrados en el proceso educativo. Uno de sus mayores impulsores fue Sela, presente en la mayoría de las salidas, sin desmerecer la labor de Altamira, Posada, Buylla, Aramburu, Canella y Jove. Cada primavera, los alumnos de Derecho Internacional realizaban una excursión semanal en la que visitaron monumentos en Naranco, Priorio y Noreña, fábricas en Trubia y Lugones, minas en Mieres...

De otras excursiones derivaron trabajos de investigación, que mostraban la experimentación científica, en el ámbito del Derecho y de las Ciencias. Para lo jurídico, el principal tema de observación fue la costumbre, como hemos señalado al relatar las clases de Altamira. Pero también se trabajó sobre la industria asturiana y otros aspectos que resaltaban la incardinación del Derecho en la sociedad y la economía.

Excursión muy destacada y detallada en los *Anales* fue la organizada por la Facultad de Ciencias a la Estación Biológica Marítima de Santander, que nos traslada a esa Universidad familiar que fue Oviedo, donde se despidió a los excursionistas con vivas a la Facultad de Ciencias y al rector Canella, y toda la comunidad cantó «la virgen de Covadonga ye piquiñina y galana»<sup>(63)</sup>. La misma Facultad organizó excursiones para

---

(63) Volumen IV de los *Anales*. El relato se acompaña de varias fotografías, con los alumnos en la Estación de Biología Marítima, ante los restos esqueléticos de una ballena, en el sanatorio Madrazo y en una expedición por la bahía

analizar la constitución geológica de Gijón, visitar las fábricas de azúcar y productos químicos de Veriña y Aboño, a Avilés y a los pueblos de San Juan de Nieva, La Maruca, Arnao, Salinas...

Como hemos dicho en varias ocasiones, la función pedagógica del *Grupo* pretendía tanto renovar la enseñanza universitaria como completar todas las etapas educativas, previas, con especial atención a la primaria, y postescolares, de modo que la educación también se extendiese a los no escolarizados. Este último extremo lo analizaremos en el cuarto epígrafe, al abordar la Extensión Universitaria y las clases populares.

La lectura de los *Anales* permite adentrarse en el entramado educativo de Asturias a comienzos del siglo XX, antes y después de la obra del *Grupo*, fundamental, sin duda, para la renovación del sistema<sup>(64)</sup>.

Del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes dependía el distrito de Oviedo y León, que básicamente contaba con los siguientes centros: institutos generales y técnicos de Oviedo y León<sup>(65)</sup>, colegios privados adscritos, dos Escuelas Normales de maestros y maestras de Oviedo y León, la Escuela veterinaria de León, el Instituto Jovellanos de Gijón, las Escuelas de Comercio, Artes e Industriales de Gijón, las Escuelas Superior y Elemental de Industriales de Oviedo, la Escuela de capataces y electricistas de Mieres, 2.500 escuelas primarias y el Colegio de huérfanas recoletas cuyo patronato ejercía la Universidad<sup>(66)</sup>.

Desde el *Grupo* también se fomentó el establecimiento de una Escuela Modelo para emigrantes e inspección de las escuelas de comercio, sostenidas a través de donativos procedentes fundamentalmente de americanos<sup>(67)</sup>.

La importancia de la educación preuniversitaria para el *Grupo* se pone de relieve en las noticias que nos proporcionan los *Anales*. Así, se destaca la construcción de un edificio para el Instituto General de Segunda Enseñanza de Oviedo, que, hasta ese momento, se encontraba en un edificio de la Universidad. El nuevo instituto se configuró según el modelo de los liceos extranjeros, con su sección de letras y ciencias, salas de

---

(64) En el volumen III de los *Anales* se recoge un informe de la Universidad sobre la educación primaria, que responde a una Real Orden de 23 de noviembre de 1904. En 1900, con 386.083 habitantes en el distrito, había 0,39 escuelas por 100 habitantes. En Asturias, 627.069 habitantes y una proporción de escuelas del 0,22%. El analfabetismo en León se calculaba en un 65,62% y en Asturias en un 69,32%.

(65) El Instituto de Tapia se suprimió por Real Decreto de 17 de agosto de 1901 por falta de matrícula, revirtiendo su edificio a los herederos del fundador, Fernández Casariego, a lo que se opuso el claustro universitario celebrado el 19 de mayo de 1903. *Vid.* volumen II de los *Anales*.

(66) Tal enumeración se hace con motivo de la descripción del Festival Académico celebrado con motivo de la conmemoración de la mayoría de edad de Alfonso XIII, en 1902, que recoge el volumen II de los *Anales*. En el volumen IV se proporciona datos sobre el Colegio Universitario de niñas huérfanas recoletas de Oviedo, con su Estatuto y Reglamento de 1884. Se recoge un inventario de sus materiales: tablero alfabético de letras móviles, caja alfabética española, máquina de escribir y cuadro de pesas y medidas. Se impartían las siguientes materias: lectura, mecanografía, aritmética, geometría, geografía, historia, física, química, historia natural, historia de la tierra, fisiología, plantas alimenticias, industria agrícola, museo escolar industrial, dibujo, labores, música... También se proporcionan datos sobre varias escuelas de concejos y enseñanzas con métodos como en Manjón, en Villaviciosa, donde además había una cátedra y estudios de bachillerato.

(67) Se citan las escuelas de comercio de Luanco, Colombres y Colunga, esta última creada en 1903. Y el ejemplo de las de Cataluña y, en el extranjero, Francia, Italia, Alemania y Estados Unidos.

dibujo, museos, gabinetes, laboratorio para estudios generales y de la escuela elemental de comercio, biblioteca, gimnasio, patio, casa de conserje, archivo y galería<sup>(68)</sup>.

De la educación primaria se ocuparon varios Congresos y Asambleas pedagógicas muy cuidados por los profesores del *Grupo*. En diciembre de 1907 se celebró en Oviedo la Asamblea Provincial del Magisterio Asturiano, presidida por el rector Canella, con representantes de las juntas de los partidos judiciales y maestros de varios concejos<sup>(69)</sup>. Los proyectos más relevantes acordados en ella fueron los que siguen: solicitud de empréstitos a los Ayuntamientos y auxilios del Estado, apertura de suscripciones dirigidas a vecinos pudientes, organización de cursos de educación y aprendizaje de enseñanzas agrícolas para los artesanos, y creación de un Museo Pedagógico de distrito y de una cátedra de Pedagogía superior. Los museos pedagógicos estaban extendidos por todo el mundo desde el último cuarto del siglo XIX, de Chile a Tokio. En España, donde, en 1898, se ordenó establecer uno en cada Escuela Normal, destacaba el de Madrid<sup>(70)</sup>. En Asturias, contaban con museo las Escuelas Normales de Maestros y Maestras, la Sociedad Económica y el Colegio de recoletas, pero se quería un museo provincial, con una exposición y un laboratorio de Psicología Experimental. Los recursos se tomarían de la fundación Roel, sindicato de Oviedo. Por su parte, los museos escolares serían los encargados de proporcionar material didáctico, como lecciones, juegos y materiales escolares creados por Froebel, pedagogo muy querido por el *Grupo*.

### III. LA RENOVACIÓN CIENTÍFICA Y LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA INTERNACIONAL

La labor pedagógica del *Grupo* no debe empequeñecer la investigadora, que tanto cuidaron y a cuyo servicio pusieron incluso aquélla. En este ámbito, los *Anales* no recogen estudios de los profesores sobre temas de su especialidad, pero enumeran su producción bibliográfica y detallan, como ya hemos podido señalar, los temas tratados en las clases. Además, incluyen los trabajos realizados por los alumnos, y, sobre todo, nos transmiten la labor investigadora y de experimentación desarrollada en seminarios y laboratorios. Por su parte, entendida la Universidad como parte de la comunidad internacional, se presta especial atención a las relaciones exteriores, fundamentalmente a través del detalle de los congresos e intercambios en los que participaron profesores y alumnos de la Universidad de Oviedo.

Además, no debemos olvidar la labor investigadora llevada a cabo en la Facultad de Ciencias, inaugurada en el curso 1895/1896, especialmente querida por el *Grupo*, por sus estudios tan propicios a la modernización científica, tanto en su versión teórica, como estudio positivo y de experimentación sobre la naturaleza, como en su aplicación

---

(68) La nueva ubicación fue en la carretera de Santo Domingo, que iba a la de Castilla, en la esquina a la fuente del Prado. Volumen V de los *Anales*.

(69) El volumen IV de los *Anales* recoge extracto de actas.

(70) Se citan los de Inglaterra, París, Zurich y Berna, Berlín y Königsberg, Magdenburg en Sajonia, Baviera, Amsterdam, Viena, Budapest, Roma, Bruselas, San Petesburgo, Tokio, Toronto, Pensilvania, Washington, Chile y Lisboa.

práctica a la agricultura, industria y demás ramas. El problema para convertirla en una verdadera institución científica fue siempre su escasa dotación económica, con unas necesidades materiales costosas<sup>(71)</sup>. Contaba con un laboratorio de Química, obra del arquitecto Isidro de Benito, y gabinetes de Física e Historia Natural<sup>(72)</sup>.

El proyecto investigador más querido por el *Grupo* fue la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos, también llamada Academia, con la que se pretendió introducir en Oviedo el modelo de los seminarios de investigación de las Universidades alemanas. Desde un principio, se tuvo consciencia de sus diferencias y limitaciones, ya que no se trató tanto de aproximar a los alumnos a la investigación científica como a la cultura general. La propuesta era elaborar «trabajos de investigación libre, personal, reposada, rigurosa y especial, propia de quien se preocupa principalmente del puro interés de la ciencia»<sup>(73)</sup>.

La idea partió, de nuevo, de Posada, y se puso en marcha en 1895, bajo el convencimiento de que la enseñanza de la cátedra no era, hasta el momento, científica, sino destinada a la carrera profesional, pese a la buena intención del plan de estudios de 1883. Le Escuela se dividió en secciones o seminarios, coincidentes con la especialidad de sus directores: Sociología y Política para Posada, Economía para Buylla, Problemas actuales contemporáneos o Derecho y cuestiones internacionales para Sela, e Historia General para Altamira<sup>(74)</sup>. Tras la marcha de Posada y Buylla, se redujeron a dos: Sociología y Política e Historia y Derecho Internacional. Con los nuevos profesores que vinieron a continuar la labor de aquéllos, las secciones variaron para adaptarse a sus materias: Derecho Internacional (Sela), Historia Social y Jurídica (Altamira), Derecho Civil (Canella) y Derecho Penal (Benito). Desde el curso 1905/1906, se organizaron, además, reuniones generales que agrupaban todos los seminarios, según la costumbre de los estudiantes de Marburgo, conocida a través de la *Revue International d'Enseignement*, que se pretendía entroncar desde Oviedo con la historia de las Universidades medievales, en concreto, la de Salamanca. Las reuniones conjuntas eran semanales y las formaban una veintena de alumnos.

Los seminarios, voluntarios, duraban unos quince días, y se formaban con grupos de también unos veinte alumnos, aunque los asistentes no solían superar la quincena. En ellos, se examinaban libros de cultura general y de especialidad, se compartían lecturas de esos libros, periódicos y revistas científicas, de poemas y otras obras literarias, y se analizaban cuestiones político-jurídicas de especial interés (por ejemplo, la crisis de la idea de Estado, el sufragio y las minorías, el feminismo, el código civil español...), socio-económicas e históricas (el feudalismo, el colonialismo de España e Inglaterra, las

---

(71) Se compraba material en Colonia, Berlín, Gotinga, Cambridge y París. En el curso 1906/1907 se compró un aparato de proyección Max Kohl, del que se sentía especialmente orgullo *Vid.* volúmenes IV y V de los *Anales*.

(72) En su inesperada visita a la Universidad de Oviedo, Alfonso XIII se interesó por un oso y una perdiz gris disecados en tal laboratorio, la última en tan mal estado que el monarca regaló una nueva. Volumen II de los *Anales*.

(73) Volumen I de los *Anales*.

(74) En un primer momento se crearon tres secciones: Sociología y Política, Economía e Historia y Geografía. Con la llegada de Altamira se dividió la última en dos: Historia general para éste y Problemas contemporáneos para Sela.

ideas políticas en la Edad Moderna, la vida del obrero, la intervención internacional en la historia contemporánea...). Se aprovechaba cualquier tema de actualidad, tanto nacional (proyecto de Administración Local y discurso de Santa María de Paredes en el Senado, viajes de Altamira a Burdeos y América, catalanismo...) e internacional (Macedonia, Extremo Oriente, Rusia y Japón, Marruecos, Turquía, Grecia, los Balcanes, librecambio y protección, proyecto de código civil suizo, el Derecho Internacional Obrero...). Especial atención se prestaba a los asuntos pedagógicos, a través del análisis de revistas, congresos, modelos escolares (de Escandinavia, en concreto)... Les gustaba trabajar directamente con fuentes de conocimiento, desde tratados internacionales, doctrina y legislación comparada, hasta cartas de Jovellanos y cuadros del museo del Prado... Y se hacían eco de homenajes y fallecimientos de juristas, historiadores, sociólogos, pedagogos y filósofos, como Spencer, Mommsen... Fundamental relevancia tuvo en la Escuela la cuestión social y su análisis desde las ciencias sociales, especialmente la Sociología. Trabajaron con obras del citado Spencer, Marx, Fouillée, Schäffle, Le Play, Moroussen...

En relación directa con dichas ciencias sociales, para el *Grupo* la investigación era experimentación, por lo que potenciaron los trabajos de campo y laboratorio, como medios para la observación directa y la obtención de datos de los que extraer consecuencias, en vez de emplear un método puramente deductivo. Destacaron, en este sentido, las famosas monografías de obreros y el laboratorio de criminología.

El modelo seguido para las monografías de obreros era el propio de las encuestas de Maroussem<sup>(75)</sup>. Alumnos y profesores de la Escuela visitaron familias de distintos tipos de obreros, del ámbito urbano y del rural: carpintero por cuenta propia; carpintero oficial a jornal en taller de maestro, y obrero campesino labrador con casería arrendada. Las memorias recogidas en los *Anales* son testimonio único de esas visitas, de las que extrajeron todo tipo de datos, de los más generales a los más concretos, sobre medios de vida interior: intelectual, moral, religiosa, política, cultural, educativa y familiar; y exterior, material, de economía doméstica: trabajo, economía, alimentación, enseres... La información se ilustra con fotos de la familia y su casa. Para organizar los datos extraídos de preguntas y observación directa, se elaboraron listados de medios, inventarios completos de muebles, ropa, aperos e instrumentos de trabajo, presupuestos, balances contables domésticos con ingresos y gastos detallados de alimento, vestido, alumbrado, carbón, limpieza... En sus conclusiones, se mostraron preocupados por la higiene y salud, la educación y el desamparo en caso de enfermedad o muerte, lo que les llevaba a pensar y defender la idea de Estado que auxilia, social.

En general, los obreros examinados se muestran católicos o no religiosos, republicanos, federales y socialistas, no votantes o votantes de conservadores, lectores diarios de periódicos como *El Heraldo de Madrid* y *El Correo de Asturias*, *La Aurora Social*...<sup>(76)</sup>. Sus mujeres leían novelas. Les preocupaba el caciquismo y la guerra. Alguno reconoce

---

(75) MAROUSSEM, Pierre du, *Les enquêtes. Pratique et théorie*. Paris: Felix Alcan, 1900.

(76) Sobre el periodismo en la Asturias de la época vid. RODRÍGUEZ INFIESTA, Víctor, *Socialización política y prensa de masas. El proceso de opinión pública en Asturias, 1898-1923*. Oviedo: Real Instituto de Estudios Asturianos, 2007.

no abrazar el carlismo para contribuir a la paz común y la prosperidad propia. Y varios declaran que pagaban sustitutos para el ejército.

Sus estudios primarios en escuelas públicas y particulares –por deficiencias, declaran, en las primeras–, hasta los 11 ó 16 años, los completaban con otros parciales en escuelas nocturnas, y con estudios profesionales en escuelas de artes y oficios. En ocasiones, son las propias familias las que enseñan a sus hijos a leer y escribir. Y también hay otros sin estudio alguno. Como actividades de ocio, se refieren a los cafés, los teatros, el tute, los toros y el cine. Frecuentaban y eran socios de círculos de obreros, miembros de cooperativas de consumos y de sociedades profesionales con cuotas que les daban acceso a médicos y medicinas. Pero algunos no pertenecían a ninguna sociedad y quedaban desprotegidos.

Vivían en familia, con esposa, hijos y otros familiares normalmente de la mujer (nuera, cuñada, sobrinos huérfanos...). Los encuestadores destacaban las deficiencias en la higiene, tanto en los hogares como en los talleres; y el elevado consumo de alcohol. Su paternalismo se hace evidente cuando ante la respuesta de un oficial carpintero que no creía en el socialismo porque consideraba que no era posible alcanzar la igualdad, se le explicó que se trataba de alcanzar un Estado propietario, industrial y comercial, que diese a cada uno lo que merezca con su trabajo, y, entonces, se dice, el obrero salió convencido de su bondades<sup>(77)</sup>.

Por otro lado, está el trabajo realizado en el Laboratorio de Criminología. La llegada a Oviedo del catedrático Enrique de Benito en el curso 1905/1907 trajo consigo la consolidación del uso de la metodología penal más moderna, experimental e inductiva, capaz de combinar la Antropología Criminal propia de Topinard, que ya seguía Aramburu, que se había hecho con una caja antropométrica, con el método sociológico. En este ambiente, se creó un Laboratorio y Museo de Criminología, cuya actividad recogen los *Anales* detalladamente, dentro de la sección dedicada a los seminarios de la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos. El ejemplo era el del Museo de Lombroso en Turín y la Escuela de Criminología de Madrid.

Quedó dividido en cuatro secciones: Sociología Criminal (estadísticas, curvas y gráficos); Antropología Criminal (antropometría, fotografía y psicología); Prisiones (arquitectura y reformatorios); y Política Científica (inspección del lugar del crimen, huellas e identificación de detenidos...). En los inventarios del museo aparecen diagramas de profesiones y crímenes, fotografías de criminales, fichas antropomórficas, álbumes criminológicos, cuadros de clasificación de huellas digitales, cuadros sinópticos de rasgos fisionómicos, casos como el de Steinheil... Se costeaba con un crédito del Gobierno y donativos personales, entre ellos, los de los profesores Altamira y Canella. Ante la falta de local propio, se instaló en la Biblioteca de la Facultad de Derecho.

A sus seminarios acudían unos quince alumnos, que elaboraban diarios de las prácticas y, sobre todo, las famosas hojas antropomórficas de los delincuentes, a los que visitaban en la nueva cárcel de Oviedo, ya celular, preventiva y correccional. Se pensó en obtener datos también del archivo de la Real Audiencia, después desaparecido, pero

---

(77) Volumen I de los *Anales*.

se descartó por encontrarse «en penosas circunstancias», en un desván, «destruido por polvo y humedad» y sin ninguna organización<sup>(78)</sup>.

La observación directa, la experiencia, permitía a los alumnos extraer todo tipo de datos de los reclusos, sobre todo físicos (mirada, color de ojos, cejas, nariz, cabello, frente, talla...), pero también psicológicos y externos, derivados de las entrevistas, del estudio de los espacios, de las inscripciones en las paredes (con vivas a la república y a la anarquía)... A la luz de esa experiencia, los alumnos de Oviedo tuvieron la oportunidad de rechazar algunas de las principales conclusiones de la escuela positivista y antropomórfica difundidas por Lombroso, que concebía los datos como pruebas de criminalidad. Diversos trabajos calificaron de falsos y arbitrarios los principios que afirmaban la directa relación entre algunos tipos de criminales (estafadores, homicidas, ladrones, incendiarios...) y determinadas profesiones y situaciones (carniceros, vagabundos, taraceos...). Se preferían los estudios sobre circunstancias socio-económicas para determinar los factores de criminalidad, con especial atención al alcoholismo, en la línea del médico Legrain y, en Oviedo, de Arturo Álvarez-Buylla<sup>(79)</sup>.

En los seminarios se trabajó mucho, y los *Anales* son testimonio de la elaboración, además de las mencionadas hojas antropomórficas, de diagramas sobre la criminalidad en España por edades y sexos, curva térmica e higrométrica de Oviedo, curvas de criminalidad, árboles genealógicos de familias de alcohólicos...

A través de los estudios realizados puede analizarse la evolución, entonces, del concepción de delito, que no podía limitarse a la idea de renuncia voluntaria del individuo al cumplimiento del orden establecido, fruto de su libre determinación, y a la supuesta disposición criminoso de todos los hombres, lo mismo que a padecer enfermedades, sino que se debía tener en cuenta una combinación de factores endógenos individuales y exógenos, del medio físico y social. En cuanto a la pena, a la retribución se añadía con fuerza la función de corrección, con alusiones a la obra de Concepción Arenal.

Pronto se proyectó la publicación de un boletín o revista criminológica mensual o trimestral, que finalmente se llamó *Anales de Criminología*, y que han quedado como testimonio de la labor realizada por el profesor Benito y sus alumnos durante tres cursos académicos, de 1907 a 1910<sup>(80)</sup>. Las secciones eran: El Derecho Penal en la cátedra, con las explicaciones; Monografías de los alumnos<sup>(81)</sup>; y El Derecho Penal en el laboratorio, con las tareas realizadas y el inventario<sup>(82)</sup>.

---

(78) Vid. volumen IV de los *Anales*.

(79) Sobre el alcoholismo y el *Grupo de Oviedo* vid. *supra* nota 54. Se ha ocupado de la «Lucha antialcohólica, higienismo e ideología en la obra de Arturo Buylla y Alegre» Ricardo CAMPOS MARÍN, en *Institucionismo y reforma social en España*, op. cit., pp. 228-247.

(80) BENITO, Enrique de (editor literario), *Anales de Criminología*. Oviedo: Tipografía de Flórez, Gusaño y Cía., 1912. Previamente se había publicado un folleto titulado *La cátedra, el laboratorio y el museo en la enseñanza del Derecho Penal, años 1906-1907*, del que dan cuenta los propios *Anales*.

(81) Sobre la influencia de las profesiones en la criminalidad, factores de criminalidad, en concreto, degeneración social y alcoholismo, El taraceo y la delincuencia; Observaciones relativas a cinco delincuentes; Alfonso de Castro y la ciencia penal.

(82) En otras secciones se daba cuenta de los congresos sobre la materia.

La idea era que el seminario derivase en la creación de una Facultad de Criminología o, por lo menos, en la consecución de un certificado de Ciencias Penales, al modo de la Universidad de París, y la creación de dos cátedras distintas: la ocupada de la Legislación Penal, para la explicación del código y legislación especial; y la de Criminología o Ciencia Penitenciaria, para el estudio de la Sociología y Antropología criminales y la reforma penitenciaria.

Otro laboratorio, esta vez sólo proyectado, fue el Jardín Botánico o Campo Agronómico y Escuela de Agricultura Práctica. Previstos los jardines para las Facultades de Filosofía, desde 1845, la Universidad de Oviedo solicitó inmediatamente al Ayuntamiento y a la Sociedad de Amigos del País unos terrenos en la huerta del antiguo convento de San Francisco. El rectorado fue autorizado a contratar con el Ayuntamiento una enfiteusis, y se construyó una verja de hierro para reemplazar la tapia que separaba el jardín del paseo público del Campo de San Francisco.

El modelo a seguir era el de Madrid, con tres secciones: dos escuelas botánicas (sexual de Linneo y natural de Jussieu), semillero vivero y plantas decorativas. Entregados los terrenos a fines de 1846, dos años después estaban roturados y se comenzaron a plantar árboles. Se realizaron con boj los escudos de España y la Universidad, que se situaron a la derecha e izquierda del pozo de agua potable del convento. En 1852 se lograron fondos para un invernadero y años después se construyó una caseta y un kiosco. En la parte alta se instaló un observatorio meteorológico, desde el que pudo verse el eclipse de 1858. Los problemas llegaron en los años setenta, cuando se subastó el dominio directo de los terrenos y el Ayuntamiento derribó la verja que separaba el jardín, de modo que quedó agregado al parque municipal.

En el curso 1907/1908, la Universidad intentó recuperar el jardín como campo de enseñanza y experimentos agrícolas y de instrucción agrónoma, proyecto vinculado al deseo de apertura de una Escuela de Ciencias Químicas<sup>(83)</sup>. Con motivo del Centenario de la Universidad, se nombró una comisión y se celebró una reunión con representantes del Ministerio, la Diputación Provincial, el Ayuntamiento y la Universidad. Se encontraron nuevos terrenos situados en la calle González Besada, que serían la base de la Escuela Teórico-Práctica de Agricultura, pero pronto el Ayuntamiento volvió a poner dificultades al solicitar la variación del emplazamiento.

Una sección especial de los *Anales*, a camino entre la renovación pedagógica y la investigadora, es la dedicada a la Biblioteca Universitaria, también provincial, tan querida y cuidada por el *Grupo*. En cada volumen se relaciona el estado actual, de modo que es una fuente imprescindible para el conocimiento de su historia y el de la propia Universidad, para cubrir las lagunas dejadas por su destrucción<sup>(84)</sup>. En 1901 el bibliotecario Baldomero Díez Lozano contabilizaba cincuenta y un mil volúmenes, clasificados por series materiales: Teología, el más voluminoso, Ciencias, Bellas Artes, Jurisprudencia, Historia y Enciclopedia. Destacaba los cien manuscritos de los siglos XVI y XVIII y

---

(83) Volumen IV de los *Anales*.

(84) Sobre la Biblioteca Universitaria *vid.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ramón, *La Biblioteca de la Universidad de Oviedo, 1765-1934*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1993; y *Tesoros bibliográficos de Asturias*. Oviedo: Cajastur, 1998.

el primer libro impreso en Oviedo en 1549. Siempre se denunciaron las deficiencias económicas, se insistía en la necesidad de modernizar el servicio y se destacaba que la biblioteca se nutría esencialmente de los legados<sup>(85)</sup>.

Especial atención prestan las páginas de los *Anales* a la Biblioteca Especial de la Facultad de Derecho creada por Real Decreto de 10 de agosto de 1877 y puesta en marcha un año después, gracias, de nuevo, al impulso de Posada, los donativos y el cuidado de Canella y Altamira. Después de este último, estuvieron a su cargo Jesús Arias de Velasco y el alumno Carlos Canella y Muñiz, ocupado de las revistas. El catálogo de 1889, en revisión, mostraba quinientas setenta y cuatro obras. Destacaban las revistas nacionales (veinticuatro en el curso 1904/1905), europeas (veinticuatro procedentes de Francia, Inglaterra y Alemania) y latinoamericanas (cincuenta y una, de Chile, Argentina, Guatemala, Cuba, Ecuador, Bolivia, Perú, Uruguay, Paraguay, Costa Rica, San Salvador, Nicaragua, Honduras y Méjico). Como sabemos, los *Anales* nacieron, precisamente, para fomentar el intercambio de publicaciones, de modo que se recibieron entonces, además, otros anuarios y publicaciones universitarias de Génova, Padua, Pisa, Toulouse, Porto, Buenos Aires, Córdoba, San Marcos de Lima, Guatemala, La Habana, Chile, Paraguay, Venezuela, Méjico... Las obras se dividieron en las siguientes secciones coincidentes básicamente con las cátedras: Filosofía, Sociología y Economía Política, Historia General, Historia del Derecho, Derecho Romano, Derecho Civil y Mercantil, Derecho Penal, Derecho Internacional, Literatura, Pedagogía y Enciclopedia. Se recogen los inventarios de 1908, 1909 y 1910, y se calculaban en cien los libros adquiridos y donados cada año. En el curso 1904/1905, se consultaron más de dos mil volúmenes.

En este contexto, para acabar con la renovación investigadora del *Grupo*, los *Anales* ponen de relevancia el intercambio de conocimientos como instrumento de desarrollo de la comunidad científica internacional, a través de congresos, viajes e intercambios interuniversitarios de profesores y alumnos. De los mismos da cuenta una importante sección llamada «La Universidad en el exterior».

Los profesores del *Grupo* cuidaron siempre y fomentaron su participación en congresos y en otras celebraciones científicas, tanto nacionales como internacionales.

Entre las celebraciones, destacan los Centenarios de Colón, de las Universidades de Bolonia y Edimburgo, las fiestas de fin de curso de Oxford (a las que fue invitada Oviedo) y los homenajes al romanista Hermann Fitting en la Universidad de Montpellier, con la adhesión de Canella, Altamira, Posada y Sela.

En cuanto a los congresos, podemos ordenarlos por materias, que coinciden con los intereses de los profesores del *Grupo*.

De los fundamentales Congresos Pedagógicos hemos dado cuenta en el primer epígrafe de este trabajo. Por su parte, destacan los Congresos Internacionales de Ciencias Históricas. El celebrado en Roma en 1903 contó con la presencia de Altamira como

---

(85) Legado de Solís, Benayas, Torres Consul, San Vicente, San Salvador, Santo Domingo, San Francisco, San Juan de Corias, Canga Argüelles, Pérez Villamil, Marqués de Pidal, Escandón, Benito y Fermín Canella, Salmeón, Anselmo González del Valle, legado Roel... También se menciona la adquisición por el Estado de la biblioteca del duque de Osuna. En el volumen IV de los *Anales* se da cuenta del legado de José Ramón Fernández de Luanco para la Facultad de Ciencias.

único español entre unos dos mil cuatrocientos congresistas de Europa, América y Asia, en el que habló sobre la organización de su asignatura y el valor de la costumbre en la Historia del Derecho español, y propuso la creación en Roma de un Instituto Histórico Español, como tenían «todas las naciones cultas del mundo»<sup>(86)</sup>. En esos momentos ya se calificó al profesor de rehabilitador de la opinión extranjera de España en lo científico y cultural. El II Congreso se celebró en 1908, con Altamira de presidente de honor de la sección de Historia Jurídica. También envió una comunicación al Congreso Agrícola celebrado en Castellón de la Plana en 1905, en el que de nuevo, reflexionó sobre asuntos consuetudinarios de actualidad, como eran las formas colectivas de propiedad de la tierra no aceptadas por el nuevo Código Civil, que confundía la comunidad de bienes con la copropiedad, siguiendo al maestro Costa.

El catedrático de Derecho Penal Benito fue otro asiduo congresista. Presentó una ponencia sobre tribunales de menores en el I Congreso Nacional de protección de la infancia abandonada y de la juventud delincuente, previsto para 1908, aunque finalmente no se celebró; y participó en el I Congreso Internacional contra la tuberculosis celebrado en Zaragoza ese mismo año; el I Congreso Internacional Penitenciario, en Valencia, en 1909; y el importante VI Congreso Internacional para la represión de la trata de blancas, en Madrid, en 1910.

La apertura exterior e integración de la Universidad de Oviedo en la comunidad científica internacional fue uno de los principales fines del *Grupo*. Un instrumento fundamental para intercambiar experiencias, empaparse de ideas y contribuir al desarrollo común fueron las visitas y los pensionados en el extranjero para la ampliación de estudios<sup>(87)</sup>. Para los estudiantes nacionales y extranjeros se proyectó incluso una casa de hospedaje.

El primer pensionado por Oviedo fue Leopoldo Palacios Morini que, desde fines de 1901, estudió en París, Bruselas y Lovaina, materias de Pedagogía y Educación Social, en distintas facultades y escuelas, entre las que destacan la Escuela Libre de Ciencias Políticas creada en 1881 para la formación de buenos ciudadanos, hombres de Estado y grandes empleados públicos y diplomáticos, la Universidad Católica, el Colegio Libre de Ciencias Sociales abierto en 1895 y la Escuela de Altos Estudios Sociales, creada en 1900<sup>(88)</sup>. El segundo pensionado, en esta ocasión en Berlín, fue el doctor José Castillejo y Duarte, más tarde catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Sevilla. Se formó en el método comparado y de las supervivencias, tan influyente entre los juristas, historiadores y sociólogos de la época, capaces de elaborar categorías universales que aplicar a todos los pueblos y culturas independientemente del espacio y el tiempo, propios del liberalismo europeo (propiedad, familia, matrimonio, sucesiones, Estado...), identificado con la cultura y la civilización, frente a los pueblos naturales y semicultos<sup>(89)</sup>.

---

(86) Volumen II de los *Anales*.

(87) En el claustro de 19 de mayo de 1903 se acordó solicitar la descentralización administrativa de las pensiones de estudio en el extranjero, para dejar la iniciativa a las Universidades. Volumen II de los *Anales*.

(88) En el volumen II de los *Anales* se recoge un fragmento de la memoria que presentó sobre las Universidades populares.

(89) Asistió a las clases de Derecho comparado de Köhler y de Stammler en Halle. Y en su memoria afirmaba que «es cosa probada que todos los pueblos han tenido análogos primitivas formas de desarrollo». Volumen III de los *Anales*.

Otro ilustre pensionado, en esta ocasión por la Universidad de Madrid, pero estudiante en Oviedo, discípulo de Alas, fue Manuel Miguel Traviesas, que amplió estudios en Burdeos y París, sobre Filosofía y Sociología<sup>(90)</sup>. Por su parte, Benito Álvarez-Buylla fue becado por el Ministerio de Estado, a propuesta de la Universidad de Oviedo, para estudiar en Bolonia, en «la mejor facultad de Química de Italia»<sup>(91)</sup>.

En cuanto a los intercambios interuniversitarios y las visitas, se abrieron entre Oviedo y Burdeos, con ocasión del III Centenario, a iniciativa del profesor y decano de la Facultad de Letras de esta última, Gaston Radet, también profesor de Bellas Artes en París. En 1909, a Burdeos fueron Altamira y Canella, y a Oviedo llegaron otros dos profesores de Arqueología y Economía Política (Sauvair-Jourdan). Los ovetenses impartieron conferencias sobre la contribución de España a la historia general de la Pedagogía. Sela fue al siguiente año, junto con Francisco Blas de las Barras de Aragón, catedrático de Mineralogía y Botánica, y Zoología. Hubo más propuestas de intercambio con París, Berlín y Universidades de Inglaterra, Estados Unidos e Hispanoamérica, pero sólo se concretaron con estas últimas. En 1909 Posada, jefe, entonces, de la sección técnica de Legislación e Información Bibliográfica del Instituto de Reformas Sociales, impartió diversos cursos de ciencia política en las Universidades de Argentina, Paraguay, Uruguay y Chile. Por su parte, en junio del mismo año, Altamira emprendió su decisivo y célebre viaje a América, en conmemoración del I Centenario de la Independencia<sup>(92)</sup>. Los *Anales* lo describen con detalle.

Más que un visitante fue un delegado de la Universidad de Oviedo en las Universidades y centros docentes de Argentina, Uruguay, Chile, Perú, México y Cuba. De paso, asistió en Nueva York al Congreso Histórico de la Asociación Histórica Americana, y visitó las Universidades de Columbia y Yale. Su misión era la puesta en práctica del proyecto más ambicioso del *Grupo*, «misión pacifista, humana y americanista [...] patrióticamente española». La idea era, de nuevo, regenerar la imagen exterior de España en lo cultural y contribuir a la formación del espíritu de la comunidad hispanoamericana. Altamira se afanó en difundir los avances en las ciencias de Pedagogía, Derecho, Historia, Literatura..., especialmente por parte del *Grupo de Oviedo*.

Desde el puerto de Vigo, llegó a Argentina en julio, y regresó desde La Habana a Santander, en marzo de 1910. El éxito de su viaje tuvo consecuencias inmediatas, pues fue recibido por el Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes y, en dos ocasiones, por Alfonso XIII, que le concedió la Gran Cruz de Alfonso XII. En Oviedo se le recibió solemnemente y se celebró en su honor una velada en el Campoamor el 31 de mayo.

Como es sabido, se elevaron, entonces, varias propuestas encaminadas a consolidar la labor de la Universidad de Oviedo, en su mayoría fracasadas. Así lo entendieron, disgustados y desencantados, los pocos profesores que trataban de sustentar lo que quedaba del *Grupo*, que, un año más tarde, recuérdese, suspendía la publicación de sus *Anales*.

---

(90) En el volumen II de los *Anales* se recoge un extracto de la memoria que presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid: «Notas sobre Sociología».

(91) Era hijo de Adolfo Álvarez-Buylla. Volumen II de los *Anales*.

(92) ALTAMIRA, Rafael, *Mi viaje a América (libro de documentos)*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1911.

Las Reales Órdenes de 16 y 18 de abril de 1910 sobre fomento de los estudios de los pueblos hispanoamericanos ni siquiera mencionaron la labor de la Universidad de Oviedo.

Las propuestas, presentadas en escrito firmado en Oviedo, el 3 de mayo de 1910, por el rector Canella, dirigido al Ministro del ramo, fueron: un centro cultural hispanoamericano, una biblioteca hispanoamericana en Oviedo, con subvención del Estado, intercambio de libros, de profesores y alumnos, para lo cual se pedía un crédito, y un auxilio para la celebración de congresos de estudiantes hispanoamericanos, libertad de circulación de libros y material de enseñanzas, creación y fomento de escuelas primarias de emigrantes para la enseñanza de idiomas, geografía y contabilidad mercantil, coordinadas por una Escuela Modelo y de Inspección, búsqueda de uniformidad en la prensa de Madrid, provincial e hispanoamericana para propagar la unión cultural, y publicación de un boletín o revista mensual de unión entre las Universidades españolas y americanas<sup>(93)</sup>.

#### IV. LA EDUCACIÓN DE LA CLASE OBRERA Y LA FUNCIÓN SOCIAL

Junto a la renovación científica y pedagógica, y como expresión de esta última, el tercer y fundamental fin del *Grupo de Oviedo* fue la socialización de la Universidad, para el aprovechamiento de todas las clases sociales, incluidas las que no accedían a la misma, y pensando, en concreto, en la clase obrera. Se entendía como un deber de la Universidad: la ciencia pura o investigación para el mundo culto, la preparación profesional para los jóvenes universitarios, y la educación postescolar, completa, para elevar el nivel moral e intelectual de un país mayoritariamente analfabeto<sup>(94)</sup>.

La apertura de la Universidad a la sociedad, «a cuantos sintieran la necesidad de ampliar su instrucción», se entendía como una cuestión de justicia. Obra de «paz y cultura»<sup>(95)</sup>,

---

(93) En 1900, los profesores de Oviedo (Aramburu, Canella, Buylla, Alas, Posada, Jove, Sela, Altamira y Melquíades Álvarez) habían redactado y enviado a las principales Universidades y centros docentes hispanoamericanas una comunicación-circular que reflejaba diversas propuestas destinadas a buscar soluciones a problemas socio-económicos y académico-culturales que se entendía afectaban a la misma «comunidad de raza y de fraternidad intelectual». Esas «proposiciones hispanoamericanas» pueden resumirse en las siguientes: creación de un tribunal de arbitraje permanente para España, Portugal y los Estados Americanos; igualdad de derecho civiles, especialmente mercantiles según los principios de Derecho Internacional Privado declarados en el Congreso de Montevideo de 1898; cable de comunicación postal y telegráfico directo; nuevos derechos de importación, circulación libre de libros, derechos de propiedad artística, literaria e industrial comunes, circulación de trabajadores con una legislación protectora obrera común y una oficina internacional para la cuestión. Por lo que se refiere al ámbito más académico, se pedía la reciprocidad de títulos profesionales, el fomento de las visitas de profesores y alumnos, el intercambio permanente de publicaciones y la creación de un Instituto Pedagógico hispano-portugués-americano para maestros, conforme al Congreso Pedagógico de 1892, de un Centro Internacional de Enseñanza Superior ibero-americano, para la comunicación docente, a ejemplo del Centro Internacional de las Ciencias Sociales de París, y la implantación de una cátedra de Historia y Geografía de Portugal y América en las escuelas primarias e institutos, y de una asignatura sobre instituciones jurídicas políticas en la Facultad de Derecho. Las propuestas pueden consultarse en los anexos del volumen I de los *Anales*. Vid. también CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Historia de la Facultad de Derecho...*, op. cit., pp. 159-164.

(94) A esta triple función se refirieron Melquíades Álvarez y Sela en la II Asamblea Universitaria celebrada en Barcelona en 1905. Volumen III de los *Anales*.

(95) Son palabras de Sela en la Memoria del curso 1904/1905. Volumen III de los *Anales*.

«paz y tolerancia»<sup>(96)</sup>, para «la conquista de un mundo mejor», contribuía al equilibrio social, entre ricos y pobres, instruidos e ignorantes, poderosos y débiles. Pero ya no tanto desde parámetros de caridad sino, insisto, de justicia y fraternidad, de derechos y deberes<sup>(97)</sup>. De paso, la nación que sufragaba la Universidad se beneficiaba en su totalidad de la misma y su labor quedaba sometida a las correspondientes críticas<sup>(98)</sup>. Al modo que los ilustrados habían propuesto la educación de los campesinos y artesanos, los nuevos liberales se preocuparon por la «educación popular de los adultos» obreros, de las clases desheredadas<sup>(99)</sup>.

Los instrumentos de los que se sirvió el *Grupo* para cumplir esta función fueron la Extensión Universitaria y la Universidad Popular, a través de las cuales se pudieron desarrollar escuelas de adultos, cursos breves, conferencias, excursiones... A camino entre la fundación de caridad y los derechos sociales de sanidad y educación se sitúan, por su parte, las colonias escolares de verano.

El modelo de Extensión Universitaria se tomó de Inglaterra, y de Francia el de la Universidad Popular, «españolizándolo un poco»<sup>(100)</sup>. En el panorama internacional se multiplicaban las escuelas nocturnas de adultos, sociedades de lectura, bibliotecas populares, conferencias especiales para obreros, sociedades de amigos de la Universidad, clases de sindicatos obreros, salas de barrios según el modelo parisino, cátedras de verano y colonias escolares... En España, tras el decisivo Congreso Pedagógico hispanoportugués y americano celebrado en 1892, se habían animado con cursos, conferencias y excursiones las Universidades de Zaragoza, Sevilla y Barcelona.

Los *Anales* reproducen las memorias de todos los cursos de Extensión Universitaria, desde su inauguración en 1898/1899<sup>(101)</sup>, y se hacen eco de todas las actividades desarrolladas en el seno de la misma, que fueron muchas y muy variadas, con inclusión de programas, títulos de conferencias y cursos impartidos, temáticas abordadas...<sup>(102)</sup>. La

---

(96) Son palabras de Canella en la apertura del curso 1905/1906 de Extensión Universitaria. Volumen IV de los *Anales*.

(97) En palabras de Sela: «Los ricos, los poderosos, los instruidos se preocupan de las necesidades de los pobres, de los débiles, de los ignorantes, les tienden una mano protectora [...] por amor a la justicia y en cumplimiento del deber, que no solo por caridad o por filantropía». Memoria de apertura de Extensión Universitaria del curso 1899-1900. Volumen I de los *Anales*.

(98) Así lo explica Buylla en el resumen sobre el estado de la Universidad reproducido en el volumen I de los *Anales*.

(99) Posada tradujo *La educación popular de los adultos en Inglaterra. Noticias sobre las principales instituciones por los miembros de sus comités, con un prefacio de F. Buisson*. Madrid: La España Moderna, 1915. Respecto de los ilustrados, vid. RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES, Pedro. *Discurso sobre el fomento de la industria popular y Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento*. Madrid: Imprenta de don Antonio de Sancha, 1774 y 1775.

(100) Son palabras de Buylla en el estado de la Universidad recogido en el volumen I de los *Anales*.

(101) La Extensión fue propuesta formalmente en el discurso inaugural pronunciado por Altamira el 1 de octubre de 1898 para el Curso Académico 1898/1899, y por Alas en el claustro celebrado el día 11. Se acogió inmediatamente, dirigida por el rector Aramburu. Se inauguró el 24 de noviembre. El volumen I de los *Anales* reproduce extractos de las actas del claustro y de la comisión y junta de Extensión Universitaria. También el cuadro completo de enseñanzas del primer curso de 1898/1899.

(102) Se publicaron en folleto independiente en *Extensión Universitaria. Memorias correspondientes a los cursos de 1898 a 1909*, por Aniceto Sela. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1910. Vid. también

implicación de los profesores en la Extensión fue imponente y desinteresada. Al margen de sus cátedras, impartieron numerosas conferencias sobre temas de su especialidad y afines, y también de cultura general sobre Historia, Derecho, Economía, Literatura, Filosofía, Política, Geografía, Música, Higiene, Historia Natural, Química, Ingeniería, Astronomía, Geometría...

En general, contaron con considerable público, aunque no precisamente procedente de la clase social obrera a la que preferentemente iban dirigidas las charlas. La memoria del primer curso habla de un auditorio multitudinario, pero «pocos» obreros. Acudieron estudiantes universitarios, alumnos de los últimos cursos de Instituto, «bastantes» señoras, comerciantes, empleados, magistrados, alumnos del Seminario, sacerdotes y «algunos» soldados. También se llama la atención sobre la ausencia de maestros<sup>(103)</sup>.

Las actividades de Extensión se dividieron en cuatro tipos: conferencias universitarias semanales, celebradas en el aula 6, todos los jueves de siete a ocho horas; conferencias pedagógicas, temática tan vinculada al *Grupo*, que serían impartidas por maestros de los concejos y anualmente en Oviedo, pero que sólo se celebraron durante el curso 1901/1902, en cumplimiento del Real Decreto de 26 de octubre de 1901 sobre educación de la infancia; conferencias en centros obreros, círculos republicanos y escuelas populares, entre las que destacan las celebrada en el Centro de Sociedades Obreras de Oviedo, primero quincenales y desde el curso 1906/1907 semanales; y clases populares, ligadas al proyecto de Universidad popular. El programa del curso de inauguración también preveía la realización de cursos de estudios superiores en la Universidad, que nunca se impartieron. Las conferencias y cursos debían completarse con excursiones científicas y artísticas.

La Extensión se costeó con donativos de benefactores asturianos y americanos: Masaveu, Caicoya, Herrero, Tartiere, Marqués de la Vega de Anzo, Banco Asturiano de Industria y Comercio, Casino de Oviedo, Fundación Roel Sindicato de Oviedo, Centro de la Unión Asturiana de Buenos Aires... En algunos centros, como en Gijón y Trubia, se cobraban cuotas por las conferencias. Se presentaban cuentas anuales, en las que figuran los gastos de material, correo y oficina, impresiones, conferencias fuera de Oviedo y de las clases populares, alquiler de piano, gratificaciones...

Los temas abordados en las conferencias universitarias fueron los propios de las especialidades de los profesores universitarios encargados de su impartición. Su fin era la divulgación científica. En muchos títulos pueden reconocerse trabajos que forman parte de la bibliografía básica de Alas, Buylla, Altamira, Sela y demás integrantes del *Grupo*. Entre decenas de ellos, como ejemplos, «La moralidad y la juventud asturiana» por Alas, «Del sufragio y su organización en los principales Estados», «La fórmula del socialismo marxista» y «Las declaraciones de derechos» por Posada, «El socialismo», «El feminismo obrero» y «La obrera americana» por Buylla, «Las grandes instituciones económicas del siglo actual» y «Geografía descriptiva» por Sela, «Los derechos políticos» y «Las luchas sociales», por Jove, «Leyendas de la Historia de España»

---

ALONSO IGLESIAS, Leontina y GARCÍA-PRENDES, Asunción, *La extensión universitaria de Oviedo (1898-1910)*. Granda, Asturias: Imprenta La Cruz, 1974.

(103) La memoria puede consultarse en el volumen I de los *Anales*.

y «Orígenes de la España Moderna» por Altamira, «Historia Contemporánea» por Melquiades Álvarez, «Orígenes del reino de Asturias» por Aramburu, «Instituciones locales de Derecho Civil», «Instituciones históricas asturianas» y «Lecciones sobre gremios en Asturias» por Canella. Como puede verse, los temas preferidos para las conferencias se relacionan con la llamada cuestión social, relativa al público al que iban dirigidas. También gustaban otros referidos a la Historia y el Derecho consuetudinario asturiano. Aparte, se impartieron conferencias de divulgación cultural, sobre Ciencias, Higiene, impartidas por el médico Arturo Álvarez-Buylla, y también de Música, Literatura...

En el tratamiento de las materias político-jurídicas se dejan ver las doctrinas liberales del *Grupo*, aun en evolución. Así, el sufragio se concibe como función, «para cuyo ejercicio se requieren determinadas condiciones de capacidad, edad, sexo, cultura, etc.», y así, con estas limitaciones, se concibe también como derecho y deber de los electores<sup>(104)</sup>.

A la labor de los catedráticos se unió pronto la de nuevos profesores y alumnos, como el auxiliar Jesús Arias de Velasco y el doctor José González Alegre. Y, sobre todo, la de profesionales ajenos a la Universidad. Así, industriales (director de la Escuela de Artes e Industrias), ingenieros, sacerdotes, militares, científicos, profesores de instituto y de escuelas profesionales, médicos (el citado Arturo Álvarez-Buylla y Ocatavio Bellmunt y Traver), abogados... Entre estos últimos destaca la participación de Álvaro de Albornoz en el curso 1904/1905 y la de Ramón Prieto en el curso 1906/1907, que sustituyó a Altamira durante su viaje a América en las clases de Historia, junto con Isidro Fernández Miranda. En el curso 1909/1910, cuando el *Grupo* estaba prácticamente disuelto, se constata que para la continuidad de la Extensión era necesario que los catedráticos fuesen sustituidos por profesionales de la cultura y el arte<sup>(105)</sup>.

La extensión de la cultura dio el salto de la Universidad a los círculos obreros y otras asociaciones profesionales y centros de enseñanza en toda Asturias, a los que los mismos profesores acudían a dar conferencias: Alas, Buylla, Posada, Canella, Melquiades Álvarez, Jove... En Oviedo, en el Centro Obrero, Casino, Círculo Republicano, Academia de Santo Tomás, Escuela de Artes y Oficios y Cámara de Comercio; La Felguera, en el Ateneo Casino Obrero y Centro Obrero de Instrucción; Avilés, en la Sociedad Obrera Industrial y Centro Obrero; Salinas, en el Centro Obrero; Gijón, en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial, Centro de Sociedades Obreras, Instituto, Tertulia Republicana y Asociación Musical Obrera; Trubia, en el Centro Obrero y Escuela Popular; Mieres, en el Círculo de labradores y artesanos, Círculo Republicano y Escuela de Capataces; Sama de Langreo, en la Tertulia Republicana; Ciaño, San Martín del Rey Aurelio, Infiesto, Muros, Ribadesella y Llanes, en la Sociedad Obrera El Porvenir. Las materias elegidas para estas conferencias se referían a Geografía, Historia, Derecho, Ciencias Físicas y Naturales, Arte, Instituciones Mercantiles, Aritmética..., pero, sobre todo, Educación Popular y Literatura. Los *Anales* recogen sus títulos en las memorias

---

(104) Son palabras de Posada, en una conferencia titulada «Del sufragio y su organización en los principales Estados», impartida en el curso 1898/1899. Puede consultarse en el volumen I de los *Anales*.

(105) La memoria del curso 1909/1910 puede consultarse en el volumen V de los *Anales*.

de cada curso. En el marco de estas conferencias en centros obreros aparece, por cierto, la primera impartida por una mujer: «la señorita Maeztu, ilustre profesora de Bilbao», sobre feminismo<sup>(106)</sup>.

La Extensión Universitaria se diversificó con la creación de juntas locales en Gijón y Avilés, en el curso 1902/1903 y 1907/1908, respectivamente, esta última coincidiendo con el X aniversario de la de Oviedo<sup>(107)</sup>.

La Junta local de Gijón fue presidida por el ingeniero Domingo de Orueta. La Extensión fue considerada una continuación de las conferencias del Ateneo Casino Obrero, y se inauguró por todo lo alto el 30 de noviembre en el teatro Jovellanos, bajo el lema de «paz, fuerza y amor»<sup>(108)</sup>. Contó con la implicación de buena parte de los colectivos de la ciudad<sup>(109)</sup>, y fueron numerosos los asistentes a las conferencias semanales en el Instituto y a las clases populares en los Centros Obreros de las calles Pelayo y Garcilaso, el Casino Federal y el Ateneo Casino Obrero. A las excursiones también asistió numeroso público, incluidas «muchas señoras».

La labor de la Extensión se difundió fuera de Asturias desde un comienzo: En Bilbao impartieron conferencias Buylla y Altamira, en el curso 1900/1901, para la Asociación de defensa y fomento del comercio y de la industria; en Santander, Canella y Barras, en el curso 1906/1907, recibidos como representantes del «claustró de profesores en el que se cuentan los iniciadores del cultismo y generoso movimiento de Extensión Universitaria en España»<sup>(110)</sup>; y en Madrid, Altamira y otros doctores de la Universidad de Oviedo impartieron lecciones en el Ateneo y en la Escuela de Estudios Especiales. Realmente, la institución de la Extensión dio fama nacional e internacional a la Universidad de Oviedo. Contó con el visto bueno y aprobación oficial (Dirección de la Instrucción Pública) e intelectual, con el reconocimiento público de Santamaría de las Paredes e Hinojosa, entre otros. De su apertura se hicieron eco periódicos de Madrid, Barcelona y Bilbao como *La época*, *El Imparcial*, *El Liberal*, *El Español*, *El Correo*, *El Heraldó*, *La Tribuna Nacional*, *Los Dominicales del Libre Pensamiento*, *La Vanguardia*, *La Publicidad*, *El Noticiero bilbaíno*, *El Porvenir Vasco*, *El Diario de Bilbao* y *la Revista de Bilbao*; y también la prensa académica pedagógica internacional, representada por la *Revue Internationale de l'Enseignement* de París y el *Journal of*

---

(106) Dentro de los actos de celebración del III Centenario de la Universidad de Oviedo. Volumen V de los *Anales*.

(107) La Extensión de Avilés contó con la estrecha colaboración de la Escuela de Artes y Oficios y la Sociedad Obrera Industrial. *Vid.* volumen III de los *Anales*.

(108) Volumen II de los *Anales*. La memoria del primer curso se publicó en Gijón, por la Imprenta de «El Noroeste» en 1903. *La Extensión Universitaria en Gijón. En el primera año de 1902 a 1903*. Edición facsímil. Universidad de Oviedo, 2007.

(109) Instituto y Escuela Superior de Industriales, Ayuntamiento, Círculo Mercantil, Casino, Centros Obreros de las calles Pelayo y Garcilaso de la Vega, Asociación Musical Obrera, Cámara de Comercio, Ateneo Casino Obrero, Asociación Patronal, Colegio Pericial Mercantil, Unión Asturiana de Maestros de Primera Enseñanza, de dependientes de Comercio, de alfareros, Casino Federal, Colegio Médico, Sociedad de maquinistas navales y terrestres, de pilotos de marina mercante, Centro Católico, Círculo de obreros católicos, Centro de fusión republicana, Subcomité Federal de Natahoyo, Patronos de cabotaje, director de El Comercio, Colegio Inmaculada concepción. *Vid.* volumen II de los *Anales*.

(110) Volumen IV de los *Anales*.

*University Extension* de Londres<sup>(111)</sup>. Por su parte, con motivo de su III Centenario, se celebró en Burdeos una semana hispánica, organizada por el «grupo de oviedistas», formado por los profesores que habían disfrutado del intercambio interuniversitario ya mencionado. Con el mismo motivo, una amplia delegación de la Extensión, formada por ciento ochenta personas, viajó a Santander. Fueron recibidos «multitudinariamente», con todos los honores, por las principales autoridades: alcalde, gobernador civil, diputados, magistrados, jueces, catedráticos, profesores, asociaciones... Calificado de «espectáculo extraordinariamente grandioso», los profesores se complacían recordando los cohetes, voladores, aclamaciones y aplausos recibidos<sup>(112)</sup>.

A la Extensión Universitaria, siguió inmediatamente el proyectó de Universidad Popular. Sus cursos se entendían más familiares y educativos que las conferencias de la Extensión, y se pretendía una enseñanza continuada, con programa y matrícula, siempre gratuita. La puesta en práctica del proyecto, en el curso 1901/1902, fue calificado de «humilde ensayo de Universidad popular», con la impartición de unas clases a unos obreros matriculados, por los mismos profesores universitarios: Canella, Buylla, Posada, Sela, Altamira, Jove, Canella, Mur...<sup>(113)</sup>.

Las clases populares se celebraban en tres períodos, de octubre a diciembre, de enero a febrero y de febrero a abril. Se impartían cursos semanales, a razón de dos clases por materia, en el aula 7 de la Universidad. Dichas materias fueron variadas: Derecho usual, Instrucción Cívica, Economía, Derecho Político, Historia de las Civilizaciones, Historia contemporánea de Europa, Electricidad, Cosmografía y Ciencias Naturales, Física y Química, Lengua y Literatura castellanas, Francés, Fisiología, Música, Administración Local, Aritmética, Derecho Penal y Mecánica. Asistían entre veinte y treinta obreros con asiduidad<sup>(114)</sup>, y las clases preferidas eran las relacionadas con la utilidad y belleza, como la Aritmética, el Dibujo y la Música. Por su parte, se fomentó la extensión de las Universidades populares a nivel local –así, en Mieres<sup>(115)</sup>– y las dirigidas a mujeres<sup>(116)</sup>.

Como hemos dicho, la idea era que los estudios se desarrollasen durante varios años. Pero en el curso 1905/1906 ya se acusa un importante descenso del número de matriculados, lo que se enmarca en la crisis general que sufrían las Universidades populares, pensadas para una clase obrera que trabajaba demasiadas horas como para poder ocuparse de aprender y cultivar su intelecto<sup>(117)</sup>.

De la difusión por España de las iniciativas de la Extensión universitaria y la Universidad popular, aun limitada a cursos, dan cuentan los *Anales*, que se refieren a los proyectos y realidades llevados a cabo en Valencia, Castellón, Barcelona, La Coruña,

---

(111) De todo se da cuenta en el volumen I de los *Anales*.

(112) Volumen V de los *Anales*.

(113) *Vid.* memoria del curso 1901/1902. Volumen II de los *Anales*.

(114) Memoria presentada por Posada en el volumen II de los *Anales*.

(115) Se da cuenta en el Volumen V de los *Anales*.

(116) En la memoria del curso 1901/1902, en el marco de las conferencias pedagógicas, se deja constancia de la adhesión a las escuelas de adultas y profesionales para la mujer, y se menciona el proyecto de Universidad popular de la mujer. Volumen II de los *Anales*.

(117) En el curso 1906/1907 la matrícula fue de setenta y siete alumnos. Volumen IV de los *Anales*.

Zaragoza, donde se destacan las Cátedras universitarias de Derecho foral y Árabe, Bilbao, Sevilla, donde se menciona la labor del rector Morís y Fernández Vallín, ex alumno de Oviedo, Córdoba, Ateneo y Universidad popular de Madrid, Santander, Granada y Galicia, pueblos de Cáceres, Guadalajara, Castellón... En Cataluña fueron múltiples las iniciativas. Para poner en común el trabajo, con motivo de las fiestas de celebración del III Centenario de la Universidad de Oviedo, se propuso la creación de una Confederación española o Liga de educación popular<sup>(118)</sup>.

La internacionalización del proyecto se hizo evidente en dicho Centenario, en el curso 1908/1909, donde la Extensión Universitaria fue la protagonista. Se recibieron representantes de las Universidades de Columbia, Harvard, La Habana, La Plata, Montevideo, Santiago, Oxford, Cambridge, Londres, Friburgo, París, Burdeos, Dijon, Montpellier, Tolosa y Bolonia<sup>(119)</sup>. Y de España, de Barcelona, Valencia, Sevilla, Santiago, Valladolid, Coruña, Córdoba, Madrid y Zaragoza. También de instituciones como la Real Academia de la Historia, Bellas Artes de San Fernando, Ciencias Morales y Políticas, y Jurisprudencia. Por su parte, se reunió en Oviedo la Asamblea de Educación Postescolar con delegados de la Universidades populares de Madrid y La Coruña, el Grupo de vulgarización de estudios del Ayuntamiento de Santander, la Junta de Extensión de Mahón y la de Barcelona. Por Asturias, representantes de la Junta local de Avilés, Círculo de recreo e instrucción de Infesto, Centro de sociedades obreras de Oviedo, Clases populares, Grupo excursionista, Sociedad obrera El Porvenir de Llanes, Biblioteca popular obrera Santa Ana y Ayuntamientos de Mieres y Langreo.

Junto a la educación postescolar popular, el *Grupo* quiso cuidar de los más vulnerables de la clase obrera: los niños y niñas. Las colonias de verano fueron, así, otro instrumento para llevar a cabo una función social, tanto educativa como sanitaria. Impulsadas, de nuevo, por Posada, con Buylla, Sela y Aramburu, la idea tampoco era original, sino tomada de la difundida por el pastor suizo Bion, de modo que se contaba con las experiencias de Alemania, Austria, Dinamarca, Escocia, Francia e Italia. En España, las llevaba a cabo el Museo Pedagógico de Madrid, de la mano de Cossío. El impulso dado por la Real Orden de 27 de julio de 1892 y la circular de 15 de febrero de 1895 provocó la rápida expansión de las colonias. Las de Oviedo dieron comienzo en 1894 y se afirmaba que ocupaban el tercer lugar en orden de aparición. También se organizaron en Barcelona, Granada, León, Valencia, Baleares, Bilbao, Navarra, Aragón, Galicia y Extremadura.

Las colonias se financiaban con las aportaciones del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, la Diputación Provincial, los Ayuntamientos de Oviedo, Laviana, Langreo y San Martín del Rey Aurelio, y a través de una suscripción pública, con escaso éxito. La empresa de Ferrocarriles del Norte proporcionaba billetes, para el traslado de los niños, a mitad de precio. La preferencia era el mantenimiento por los Ayuntamientos, como en Berlín.

---

(118) *Vid.* volumen V de los *Anales*.

(119) Se recibieron adhesiones de Berlín, Breslau, Heidelberg, Zurich, Gotinga, Munich, Viena, Bruselas, Gante, Lyon, Edimburgo, Gales, Cristianía en Noruega, Coimbra, Kazan y Smithsonian Institution de Washington.

Aunque todavía no se abandona la perspectiva de la beneficencia –se llaman, en ocasiones, instituciones benéfico-docentes<sup>(120)</sup>–, la caridad y el deber social de las clases privilegiadas, las colonias se enmarcan también en los nuevos conceptos de justicia y paz social, lo cual es un primer paso para la defensa de derechos sociales. Se parte de la solidaridad y del deber político de auxilio, todavía desde un Estado llamado a cumplir una «misión paternal y civilizadora»<sup>(121)</sup>. En este sentido, junto a la salud y la educación de los niños, no se descuidaba la moral y religión, propias de «nuestra nacionalidad» y de una «institución civilizadora y cristiana», destinada a «mejorar la raza humana». Había misa y rosario diarios, y se impulsaban «virtudes» como la vida familiar, la laboriosidad, el orden, la limpieza y la economía doméstica, propias del liberalismo más clásico, ya fuese por herencia de la cultura del Antiguo Régimen o consustanciales al nuevo<sup>(122)</sup>.

De las colonias se beneficiaban niños y niñas pobres de las clases obreras de Oviedo, Laviana, Langreo y San Martín del Rey Aurelio. Eran hijos de obreros, empleados sastres, vigilantes, carpinteros, mineros, viudas, armeros, canteros, librereros, ebanistas, sastres, peluqueros, alguaciles, porteros, dependientes, herreros, tipógrafos... Se precisaba, además de la pobreza, que sufriesen algún padecimiento de salud, como anemia, escrofulismo, raquitismo, debilidad, infartos, linfatismo, artritis, estomatitis, herpetismo...

Se celebraron todas las vacaciones de verano desde 1894 (excepto en 1896), en Salinas, que era el lugar de veraneo de los profesores impulsores del proyecto, elegido por los beneficios que para la salud tiene el mar. También hubo un proyecto fracasado para organizar colonias en Pajares, vinculadas a Gijón.

Los escolares se dividían en cinco grupos de veinte, de los cuales diez eran niños y diez niñas, desde que se iniciaron las colonias para ellas, en 1908, inspiradas en la labor de la maestra Dolores Palacios. La propuesta de los alumnos se encomendaba a los maestros, que debían elegir a los más necesitados. Éstos eran examinados por los médicos de la Beneficencia provincial (Arango) y municipal (Pumares). En el caso de Laviana, el método utilizado era el sorteo de vacantes. Se establecía una continuidad en el disfrute de las colonias de cuatro veranos, para que las medidas educativas y sanitarias diesen sus frutos a largo plazo.

Las colonias fueron un éxito. Eran muy demandadas, incluso entre las familias pudientes, que pretendían enviar a sus hijos pagando su estancia. En Laviana, se llegaron a denunciar intentos de amaños por los propios padres.

Los *Anales*, en una sección especial, detallan la vida diaria en las colonias<sup>(123)</sup>. El interés principal era la recuperación de la salud y la educación de los niños a través del juego, la observación y la práctica, para lograr un aprendizaje significativo y duradero, conforme a los parámetros de la Pedagogía más moderna. Incluso se solicita que se aplique al sostenimiento de las colonias el dinero empleado en exámenes y premios, propios de la enseñanza primaria, «que no sirven pedagógicamente sino [para la] depravación del

(120) Volumen V de los *Anales*.

(121) Son palabras de Buylla en el estado de la Universidad reproducido en el volumen I de los *Anales*.

(122) *Vid.* volumen I de los *Anales*.

(123) La Junta de colonias publicó una *Memoria de las Colonias Escolares*, en Salinas.

sentimiento moral del niño»<sup>(124)</sup>. Como ejemplo de buen hacer, recibieron las visitas de Giner de los Ríos, Rubio y «la señora de Cossío», de la Institución Libre de Enseñanza.

En la Junta de colonias estaban representados la Universidad, el Magisterio Público, la Diputación Provincial, el Ayuntamiento de Oviedo y el Obispado. La dirección se dejó en manos de José Fandiño. Además, al frente de cada colonia estaba un maestro o maestra de la Escuela Normal. Para las colonias de niños ejerció el cargo Juan Antonio Fandiño, sustituido en 1910 por Adolfo F. Villaverde. Para las niñas, Cándida y Clementa del Busto. Completaban el personal ayudantes y adjuntos, y una cocinera y auxiliar.

Los resultados en salud se medían en tablas en las que se apreciaba el incremento de peso, altura y tórax. En cuanto a la educación, más a largo plazo, se hacía un seguimiento de las ocupaciones profesionales de antiguos escolares, dedicados a la pintura y paisajismo, empleados como tallistas y tapiceros, canteros, carreteros, guardaferros, seminaristas...

Para acabar con este recorrido sobre el contenido de los *Anales* en su primera época, como cuestiones referidas a la función social de la Universidad, tan querida por el *Grupo*, destacaremos la Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad de Oviedo, y la organización y participación en conmemoraciones y otras celebraciones.

La concepción de la Universidad como parte de una comunidad científica y social más allá de la formación académica se pone de manifiesto con la formación, en 1906, de la Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad de Oviedo, que, a partir del volumen IV de los *Anales* tendrá su propia sección. Entre sus fines destacaban la ampliación y mejora de la enseñanza postuniversitaria, el fomento de la Escuela Práctica, de la Extensión, las clases populares, las excursiones..., y la promoción de la educación primaria a través de la celebración de «ligas contra la ignorancia». La Asociación, además, está estrechamente vinculada a los propios *Anales*, ya que sus Estatutos le encomiendan «continuar la publicación»<sup>(125)</sup>. El producto económico de la venta de la revista se destinó, a partir de entonces, a la Asociación, que, además, recibía cuotas, donativos, recursos extraordinarios del Estado y suscripciones públicas.

Fue una asociación ambiciosa, con comisiones delegadas en pueblos del Distrito Universitaria, en Madrid y otras capitales del Reino, y en el extranjero, especialmente en Cuba, México, Argentina y otros Estados hispanoamericanos. Contó con más de quinientos socios<sup>(126)</sup>, algunos de ellos tan ilustres como los profesores que iniciaron el proyecto del *Grupo*, como Aramburu, Posada, Buylla y Melquiades Álvarez, y otros igualmente célebres como Giner de los Ríos, Luis y Juan Menéndez Pidal, Armando

---

(124) Volumen IV de los *Anales*.

(125) Los estatutos pueden consultarse en el volumen IV de los *Anales*. También en CORONAS GONZÁLEZ, Juan Ramón. *Las Asociaciones de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad de Oviedo de 1906 y 1934*. Oviedo: Nobel, 2007.

(126) Madrid, León, Santander, Alicante, Valladolid, Orense, Lugo, Pontevedra, Cáceres, Ciudad Real, Zaragoza, Segovia, Palencia, Salamanca, Valladolid, Sevilla, Barcelona, Pamplona, Guipúzcoa, Concentaina, Zamora y Lérida. *Vid.* volumen IV de los *Anales*.

Palacio Valdés, el director del Banco Asturiano Armando de las Alas Pumarino, o el presidente del Centro Asturiano de La Habana, Juan Bances<sup>(127)</sup>.

En cuanto a las conmemoraciones y otras celebraciones, entendidas también como forma de exteriorizar la labor de la Universidad, destacamos brevemente, por su excelencia, el III Centenario de la publicación de *El Quijote*, en el curso 1904/1905, y el III Centenario de la propia Universidad, en el curso 1908/1909<sup>(128)</sup>. En ambos casos se buscó, sobre todo, la participación de la comunidad educativa en todos sus niveles –primaria, secundaria, universitaria y postescolar– y ámbitos –local, provincial o regional, nacional e internacional–, y la presencia y el impacto de las actividades en la sociedad, para lo cual se contó con la implicación de los distintos agentes sociales<sup>(129)</sup> y se organizaron múltiples conferencias divulgativas, exposiciones, trabajos de alumnos, recitales, veladas literarias, funciones públicas...<sup>(130)</sup>.

---

(127) Y médicos, ingenieros, concejales, magistrados, banqueros, abogados, generales, altos funcionarios, escultores, deanes, farmacéuticos, diputados, senadores, obreros, alcaldes, industriales, coroneles, comerciantes... *Vid.* volumen IV de los *Anales*.

(128) También son destacables el homenaje de los alumnos a Palacio Valdés, con una velada en el Campoamor celebrada en abril de 1906, y el I Centenario del alzamiento asturiano en mayo de 1808, del que saldrán las famosas *Memorias asturianas del año ocho*, de Fermín CANELLA. Oviedo: Imprenta de Flórez, Gusano y Compañía, 1908. *Vid.* volúmenes IV y V de los *Anales*.

(129) En el III Centenario de la Universidad participaron representantes de toda la comunidad: Universidades extranjeras y nacionales, otras instituciones académicas (*vid. supra*, nota 119), Iglesia, Corona (el patronato lo ejercía Alfonso XIII), Parlamento (diputados y senadores), Gobierno (Ministro de Instrucción Pública, el asturiano Faustino Rodríguez San Pedro, gobernador civil y delegado de Hacienda), Administración provincial (Diputación y Consejo Provincial de Agricultura) y local (Ayuntamientos de Oviedo, Gijón, Avilés y otros concejos), Administración de justicia (presidente de la Audiencia), Ejército (gobernador militar), corporaciones profesionales (ingenieros, Cámara oficial de comercio, industria y navegación, Banco de España, círculos mercantiles...) y asociaciones de obreros (círculos, ateneos...). Junto a óperas de Aída y Lohengrin y baile de etiqueta, se celebraron también iluminación y baile en el campo de San Francisco y una fiesta asturiana en el teatro Campoamor con bailes, gaita, poemas en bable y otras manifestaciones del folclore del país. *Vid.* volumen V de los *Anales*.

(130) En el III Centenario del Quijote se celebraron conferencias organizadas por la Extensión Universitaria e impartidas por profesores y alumnos, en Oviedo, Avilés, Mieres, Langreo, Trubia y Sama; una exposición por la Comisión Provincial de Monumentos Históricos y Artísticos con la implicación de la Universidad, muy activamente de Canella, Altamira y Aramburu; se realizaron trabajos de los alumnos en la cátedra de Derecho Penal, entre los que destaca el del alumno Ramón Prieto Bances, con una biografía de Cervantes, y se celebraron funciones públicas en las escuelas y una velada en el Campoamor, donde se coronó el busto de Cervantes de Braulio Álvarez Muñiz, profesor de la Escuela de Industria y Bellas Artes de Oviedo. Volumen III de los *Anales*. Por su parte, en el III Centenario de la Universidad, celebrado en septiembre de 1908, coincidiendo con la festividad de San Mateo, se organizaron numerosas actividades, con mucho éxito de asistencia. Destacamos la Asamblea de enseñanzas universitaria, secundaria y primaria; las sesiones extraordinarias de todos los órganos creados por el *Grupo*: Escuela Práctica, Extensión Universitaria, Clases Populares, Junta de Colonias, Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad, y Redacción de los *Anales*; festivales escolares con premios a maestros y estudiantes e inauguración de nuevos edificios de escuelas primarias con el nombre de Valdés Salas; función teatral en Oviedo; excursiones a Salas, Covadonga, Gijón, Avilés, Pravia, Langreo y Mieres, y visitas a los monumentos del Naranco y a la fábrica de cañones de Trubia; y publicación de la Memoria o Crónica ilustrada del III Centenario y medalla conmemorativa. *Vid.* Volumen V de los *Anales*, y *III Centenario de la Universidad de Oviedo bajo el augusto patronato de S.M. el Rey y de S.A.R. el Príncipe de Asturias, siendo rector el Ilmo. Sr. D. Fermín Canella Secades*. Oviedo: Imprenta de Flórez, Gusano y Compañía, 1908.



# Diálogos jurídicos

---

**TRABAJOS FIN DE GRADO  
Y TRABAJOS FIN DE MÁSTER**

---



# SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Marco FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ<sup>(\*)</sup>

*Universidad de Oviedo*

## RESUMEN

### **Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea: la relación entre ordenamientos jurídicos**

La presente investigación tiene como objetivo abordar algunas cuestiones teóricas que se suscitan en el marco del proceso de integración europea, en particular el análisis de las relaciones entre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros a la luz del Derecho constitucional. Se parte de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional mediante el ATC 86/2011, que pone de manifiesto el pluralismo constitucional que conlleva la integración en una organización supranacional como es la Unión Europea, examinando la cuestión de la soberanía de los Estados Miembros, en particular a través de la competencia sobre la competencia y su control jurisdiccional.

**Palabras clave:** Primacía del Derecho de la Unión Europea, supremacía constitucional, soberanía estatal, Derechos Fundamentales, pluralismo constitucional.

## ABSTRACT

### **Constitutional Supremacy and Primacy of the European Union Law: The relation between legal orders**

The purpose of this work is to deal with theoretical questions raised by the European integration process –specifically, the relationships between the legal system of the European Union and the Member States’ legal systems. In the framework of the European construction process, the foundation of the European Union is the EU Law Primacy. Although this principle encounters several difficulties when explaining the relationship between the European Union Law and national Constitutions, this work attempts to focus chiefly on the sovereignty of the Member States as a result of the pluralism of different legal systems, especially by means of the competence-competence doctrine and its judicial review.

**Keywords:** European Union Law primacy, constitutional supremacy, state sovereignty, Fundamental Rights, constitutional pluralism.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PRIMACÍA A RAÍZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE FEBRERO DE 2013.
- III. PLURALISMO CONSTITUCIONAL.
  1. **Pluralismo constitucional y ordinamental**

---

(\*) TFG Grado en Derecho. Universidad de Oviedo.

### 2. Relaciones entre ordenamientos

#### 2.1. Diálogo entre Tribunales

#### IV. LA SOBERANÍA EN LOS ESTADOS MIEMBROS.

##### 1. La noción de soberanía.

##### 2. La soberanía en el marco del proceso de integración europea.

#### V. CONCLUSIONES.

#### VI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DOCUMENTALES.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El planteamiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional de la primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia<sup>(1)</sup> supone un hito jurisprudencial de enorme calado, no sólo por las repercusiones prácticas que podría tener en relación a los fundamentos jurídicos-fácticos –la doctrina de la violación indirecta de los Derechos Fundamentales y la práctica en materia de extradiciones y órdenes de entrega– que le llevaron a plantear la cuestión, sino también por el cambio de actitud que representa en materia de relaciones entre ordenamientos jurídicos.

Esta diversa manifestación de las relaciones entre ordenamientos jurídicos nos lleva a plantearnos la cuestión de la soberanía de los Estados Miembros, que se configura hoy en día como una cuestión derivada del tipo de relaciones que se establezcan en los distintos ordenamientos jurídicos, pues primacía del Derecho de la Unión y supremacía constitucional son conceptos enfrentados en la búsqueda y defensa de sus respectivos órdenes normativos. Para llegar a clarificar el grado de afección que sufre la soberanía se hace necesario comprender el marco normativo esencial en que se desenvuelve la primacía y la supremacía, esto es, las relaciones entre ambos ordenamientos<sup>(2)</sup>. La supremacía y la soberanía son parte del mismo fenómeno jurídico-político, aunque con distinta manifestación, de manera que el carácter supremo de la Constitución no es sino el reflejo normativo del poder soberano *ad extra* del Estado<sup>(3)</sup>.

Esta evolución en las relaciones entre ordenamientos jurídicos es una muestra más del efecto de la globalización no sólo en los ámbitos culturales o económicos, sino también en el Derecho y la Política. La interdependencia del mundo en que vivimos aumenta día a día, con órdenes normativos en los que el poder unilateral de decisión desciende

---

(1) Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional a través del ATC 86/2011 y resuelta por el TJUE en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013.

(2) *Vid.* DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 9, 2008, pp. 98-104.

(3) *Cfr.* ALÁEZ CORRAL, B., «Soberanía constitucional e integración europea», *Soberanía y Constitución*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pp. 515-519.

correlativamente al aumento de las decisiones emanadas de órganos supranacionales<sup>(4)</sup>. La Unión Europea se muestra como un ejemplo de la globalización política y jurídica de nuestros días, en la que las decisiones se toman en centros de poder difusos, alejados de los tradicionales focos de soberanía. Las cadenas de actividad políticas, económicas y sociales están adquiriendo dimensiones más globales, en las cuales se intensifican los niveles de interacción e interconexión dentro y entre los Estados y Sociedades. En la Unión Europea se hace necesario concebir al propio Estado como un elemento de un contexto más amplio de condiciones, relaciones y asociaciones políticas.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha caracterizado por mantener una postura esquivada y confusa ante cualquier intento de establecer una solución al posible conflicto entre la supremacía que la Constitución reconoce y la primacía que el Tribunal de Justicia atribuye al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, aunque con una notable evolución, partiendo desde una primera concepción en la que negará incondicionalmente la primacía del Derecho de la UE respecto de la Constitución Española, para posteriormente dar paso a una interpretación más abierta, en la que sin negar la supremacía de la Constitución, desarrolla una interpretación de la primacía más acorde con la realizada por el Tribunal de Justicia<sup>(5)</sup>.

En la DTC 1/2004<sup>(6)</sup> se intenta conjugar los dos grandes conceptos discutidos en torno a la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho de la Unión: primacía de la Unión Europea y supremacía de la Constitución. En la búsqueda de una solución que le permita conjugar ambos conceptos, el Tribunal entiende que «supremacía y primacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados». Al referirse a órdenes diferenciados, se está refiriendo a que la supremacía opera respecto de la aplicabilidad de normas válidas a través del criterio de jerarquía<sup>(7)</sup>—del que la Constitución es la máxima expresión, como cúspide de la pirámide normativa del Ordenamiento—, en tanto que las normas subordinadas a la Constitución son válidas siempre y cuando respeten lo establecido en la Constitución. Por el contrario, el principio de primacía no se sustenta sobre criterios jerárquicos, sino sobre distintos ámbitos en el cual surge un conflicto de aplicación de dos normas jurídicas válidas (válidas en tanto en cuanto han sido impuestas siguiendo el procedimiento establecido), por el cual una de las normas tiene la facultad de desplazar a otra en su aplicación.

Puede resultar complejo conjugar ambos aspectos, y jurídicamente discutible que la supremacía no lleve inevitablemente asociada la primacía<sup>(8)</sup>, pero el Tribunal Constitucional intenta salvar la necesidad de una reforma constitucional, aceptando por un lado la supremacía jerárquica de la Constitución, sin que eso suponga por otra parte ir

(4) Vid. HELD, A., *La democracia y el orden global*, Barcelona, 1997, Paidós, p. 38.

(5) Cfr. SARRIÓN ESTEVE, J., «La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo», *Criterio Jurídico*, V.9, 2009, pp. 44-46.

(6) Declaración realizada con motivo de la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

(7) Cfr. FERRERES COMELLA, V. «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», *Constitución Española y Constitución Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 89-91.

(8) Cfr. FERRERES COMELLA, V., *op. cit.*, pp. 78-79.

contra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y contra las propias características del Derecho de la Unión. La primacía que el Tribunal reconoce no es en todo caso absoluta, pues este establece los límites que dicho proceso de integración lleva asociado por partir de la propia Constitución. Estos límites inherentes al propio texto constitucional serán el respeto a la soberanía del Estado, a las estructuras constitucionales básicas y al sistema de valores y principios consagrados en nuestra Constitución. Toda la construcción jurídico-política que ha realizado para salvar la primacía del Derecho de la Unión pasa porque «el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático establecido por la Constitución nacional». El Tribunal reconoce que estos obstáculos son salvados por la propia Constitución Europea, en tanto que reconoce los valores comunes a los Estados miembros integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales. El Alto Tribunal desarrolla una especie de abstracción lógica para establecer que no es posible que la Unión Europea lleve a cabo una acción normativa contraria a los principios o valores reconocidos en la Constitución, pues sostiene el Tribunal que tal actuación atentaría, en primer grado, contra el Derecho originario de la Unión, esto es, los Tratados constitutivos y su respeto de los valores comunes a los Estados miembros.

## II. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PRIMACÍA A RAÍZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE FEBRERO DE 2013

El marco abstracto de integración europea, con sus normas y pronunciamientos judiciales, se inserta en una realidad jurídica, con una dinámica determinada, que origina tensiones y confrontaciones entre los distintos órdenes normativos en la búsqueda de la imperatividad deseada. En este contexto de confrontación jurídica entre ambos ordenamientos, consecuencia de las relaciones jurídicas existentes, se enmarca las breves consideraciones que a continuación se harán de la Sentencia de Justicia de 26 de febrero de 2013.

Desde la DTC 1/2004 no se produjo una mayor profundización en el establecimiento de una delimitación precisa entre la cuestión de la primacía del Derecho de la Unión y la supremacía de la Constitución, pero con el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de nuestro Tribunal Constitucional se vuelven a poner de relieve los problemas y consecuencias que plantea la interdependencia y globalización que afectan al ordenamiento jurídico por el hecho de formar parte de una comunidad política y económica como es la Unión Europea, en la que conceptos tan tradicionales como la soberanía, supremacía del ordenamiento jurídico o los Derechos Fundamentales se ven afectados por la existencia de una Organización Internacional de integración en la que, voluntariamente, nuestro Estado ha ingresado y cedido el ejercicio de determinadas competencias derivadas de la Constitución. Sin embargo, la intervención ahora directa del Tribunal de Justicia planteará nuevos interrogantes y matices en torno a la cuestión.

En primer lugar, se hace necesario destacar que en la búsqueda de un «espacio de libertad, seguridad y justicia» se encuadra la cooperación judicial penal, y en particular la intención de lograr un procedimiento común de detención y entrega de delincuentes, suprimiendo la extradición entre Estados Miembros como consecuencia de sus limitaciones

prácticas<sup>(9)</sup> y teniendo presente no ya herramientas de cooperación, sino de integración jurídica que caracterizan a la Unión Europea. Este espacio de libertad, seguridad y justicia debe realizarse, a tenor del artículo 67 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dentro del respeto de los Derechos Fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas comunes de los Estados Miembros, en el sentido de que no se produzca menoscabo de los Derechos Fundamentales garantizados. A este respecto, la promulgación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ha conformado una nueva garantía de su respeto y protección, situándose como medio de interpretación y garantía del establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Para configurar este espacio común de reconocimiento se puso en marcha el sistema de detención y entrega europea, aprobado mediante la Decisión Marco 2002/584/JAI, que por una deficiente configuración inicial<sup>(10)</sup> se reformó mediante la aprobación de la Decisión Marco 2009/299/JAI, que recuerda que el derecho del acusado de un delito a comparecer en juicio no es un derecho absoluto, tal y como manifestaban ciertas jurisprudencias para evitar la efectividad de la anterior Decisión Marco. Se trata, en suma, de establecer que si no se produce una vulneración real del derecho de defensa no puede haber obstáculos al reconocimiento y efectividad de una sentencia de la Unión Europea, la mera voluntariedad del procesado para no comparecer en juicio no ha de ser impedimento para la realización de los fines y objetivos de la Unión.

En España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera desde la STC 91/2000 que la entrega debe supeditarse a que el condenado en ausencia pueda impugnar el proceso por el cual ha sido condenado en el Estado en que tal condena haya sido dictada. Esta postura del Tribunal Constitucional ha generado un amplio consenso en contra por parte de la doctrina<sup>(11)</sup>, al considerar que no era necesario establecer tal requisito, pues lo único que favorecía era el «establecimiento de un paraíso de impunidad para cierta delincuencia organizada radicada en nuestro país»<sup>(12)</sup>, al permitir que los delincuentes se establecieran en España con el objetivo de evitar posibles órdenes de entrega y detención. Así, con anterioridad a la entrada en vigor de la reformada normativa europea se observa como el Alto Tribunal establece el requisito de la no condena en ausencia como un imperativo derivado Texto Constitucional, que entra en contradicción con el procedimiento europeo.

En este sentido, se plantea ante el Tribunal Constitucional la cuestión de si la Audiencia Nacional vulneró indirectamente la Constitución (artículo 24 CE) al conceder una orden europea de entrega procedente de Italia, que tenía como objeto un proceso que se había llevado a cabo en ausencia, aunque tal y como destaca la Audiencia Nacional, el conde-

(9) Cfr. AGUILAR CALAHORRO, A., «La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Auto del TC 86/2011, de 9 de junio», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011.

(10) De igual forma que en nuestro país, otros Estados previeron también cláusulas similares de no ejecución, de tal manera que no se producía la efectividad en torno al procedimiento europeo de detención y entrega.

(11) Cfr. TORRES MUÑOZ, I., «La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, pp. 347-350.

(12) AGUILAR CALAHORRO, A., *op. cit.*

nado había sido notificado de la existencia del proceso, informado de la fecha y lugar del proceso e incluso había designado expresamente a dos letrados para que le defendieran en el proceso y posteriormente recurrieran hasta la instancia final la sentencia condenatoria<sup>(13)</sup>, por lo que, de acuerdo a la Decisión Marco de 2009, no se había producido indefensión real y no cabía oponerse al requerimiento de entrega de las autoridades italianas.

Cabe destacar que el canon de constitucionalidad sobre el que el Tribunal Constitucional habrá de pronunciar no es la Decisión Marco, sino la propia Constitución Española<sup>(14)</sup>. En tal sentido, la quiebra del artículo 24 CE se produciría a través de la doctrina de la vulneración indirecta de los Derechos Fundamentales<sup>(15)</sup>, según la cual los poderes públicos españoles vulneran los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución cuando su actuación supone una *conditio sine qua non* para la vulneración de la misma por órganos estatales extranjeros. En tanto en cuanto en Italia no hay revisión de la condena en ausencia, se estaría produciendo una vulneración del artículo 24 CE, pues el Tribunal Constitucional entiende englobado en el derecho de defensa la exigencia de revisión de la condena en ausencia para la efectividad de las extradiciones y de las órdenes europeas de entrega, pues se considera que los Derechos Fundamentales vinculan *ad extra* a los poderes públicos respecto de su contenido absoluto, inherente a la dignidad humana y fundamento del orden político y de la paz social<sup>(16)</sup>, y la decisión judicial de la Audiencia Nacional es imprescindible para que dicha vulneración se produzca.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre la aplicación de la doctrina de la vulneración indirecta de los Derechos Fundamentales en el caso de la extradición y en el caso de la orden europea de detención y entrega, pues la segunda se produce en un proceso de integración, en el que España se ha incorporado voluntariamente, y en el que se asegura además no sólo los Derechos Fundamentales, sino también las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros. En este caso, tanto el Estado requirente (Italia) como el requerido (España), y en general todos aquellos que forman parte de la Unión Europea, se encuentran vinculados por una serie de instrumentos jurídicos<sup>(17)</sup> que aseguran el respeto y la protección de los Derechos Humanos y de la dignidad de la persona.

Se ha dicho que el canon de constitucionalidad de la decisión de la Audiencia Nacional sería la propia Constitución, pero es necesario tener en cuenta también no sólo que nos encontramos integrados en una organización supranacional de integración como es la Unión Europea, sino que el artículo 10.2 CE impone como canon de constitucionalidad de los Derechos Fundamentales los Instrumentos Internacionales suscritos por España, por lo que la Carta de los Derechos Fundamentales se configura como elemento interpretativo para determinar el contenido absoluto y *ad extra* del derecho, y por tanto la actuación de la Audiencia Nacional.

Para intentar resolver estas cuestiones, el Tribunal Constitucional hace uso de la posibilidad que le brinda el artículo 267 TFUE de acudir mediante una cuestión prejudicial

---

(13) Cfr: Apartados 14 y ss. de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013.

(14) Cfr: AGUILAR CALAHORRO, A., *op. cit.*

(15) Determinado por la STC 91/2000, y confirmado, entre otras, por las STC 177/2006 y 199/2007.

(16) Así manifestado en la STC 181/2000, FJ 9.

(17) En particular la CDFUE y el CEDH.

al Tribunal de Justicia, en una especie de diálogo jurisdiccional consecuencia del pluralismo constitucional existente en la Unión Europea y que hace necesario la articulación de mecanismos de cooperación entre los distintos órdenes jurídicos existentes<sup>(18)</sup>. Este diálogo jurisdiccional se materializa con el Auto 86/2011, de 9 de junio, que sin duda supone un hito jurisprudencial en la historia de nuestro Tribunal Constitucional, pues por primera vez en su historia plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Hasta este momento el Tribunal Constitucional había sido reacio a la hora de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, pese a que habían surgido ya ocasiones en que hubiera sido posible la utilización de la cuestión prejudicial<sup>(19)</sup>, pero quizás en defensa de una concepción demasiado intransigente de sus funciones como supremo intérprete de la Constitución y la no subordinación de la Constitución ante el ordenamiento de la Unión Europea, quizás también por la propia parquedad de otros Tribunales Constitucionales a la hora de plantear cuestiones similares, no había interpuesto todavía ninguna cuestión prejudicial<sup>(20)</sup>.

En el Auto 86/2011 el Tribunal Constitucional plantea tres cuestiones al Tribunal de Justicia, que serán contestadas por este a través de la Sentencia de 26 de febrero de 2013. En la primera cuestión, el Tribunal Constitucional plantea si el artículo 4 bis de la Decisión Marco 2009/299/JAI, relativa a los requisitos y condiciones para limitar la detención y entrega de procesados, se interpreta de manera que impide a las autoridades judiciales nacionales someter la ejecución a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del sujeto condenado. El Tribunal trata de obtener un respaldo a su propia jurisprudencia, de tal manera que propone una interpretación que sería favorable a las pretensiones de mantenimiento de la teoría de la vulneración indirecta de los Derechos Fundamentales, en tanto en cuanto se considere que se permite inferir una excepción más a la Decisión Marco, no por la vía del propio articulado del texto, sino de la Constitución<sup>(21)</sup>.

Ante esta cuestión, el Tribunal de Justicia responde en el apartado 46 de la Sentencia que la Decisión Marco se opone a la posibilidad de que la autoridad judicial requerida subordine la ejecución de la orden europea a la revisión de la condena en ausencia, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en ella, destinados a evitar que haya habido una indefensión real.

En su segunda pregunta, el Tribunal Constitucional plantea la posible incompatibilidad entre el artículo 4 bis de la Decisión Marco y los derechos de defensa garantizados por la CDFUE, en particular con el acceso a la tutela judicial efectiva y la existencia de un proceso equitativo, interpretados conforme a lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En suma, se pregunta aquí por la interpretación que han

(18) *Vid.* Voto particular del Magistrado Pérez Tremps al ATC 86/2011.

(19) Sobre las oportunidades perdidas que ha tenido el Tribunal Constitucional de presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, *vid.* TENORIO SÁNCHEZ, P., «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Diario La Ley*, n. 7520, 2010.

(20) CID VILLAGRASA, B., «Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011. Las tres cuestiones prejudiciales», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 26, 2012, p. 379.

(21) *Cfr.* TORRES MURO, I., *op. cit.*, pp. 385-388.

de tener estos derechos a la luz del Derecho de la Unión Europea<sup>(22)</sup>, que aún no habían sido interpretados por en tal sentido. El Tribunal de Justicia entiende que no se produce incompatibilidad alguna, y que las exigencias establecidas en el artículo 4 bis de la Decisión Marco son plenamente compatibles con los derechos y garantías reconocidos en la CDFUE.

En última instancia, el Tribunal Constitucional plantea la cuestión de las relaciones entre los Derechos Fundamentales recogidos en la Constitución y los recogidos en la CDFUE, pues se pregunta por la vinculación existente entre la Constitución y el Derecho de la Unión, y en particular por la posibilidad de que los ordenamientos constitucionales confieran una mayor protección o garantía a los Derechos Fundamentales.

El Tribunal de Justicia, en los apartados 55 y siguientes de la Sentencia, manifiesta que una interpretación del artículo 53 CDFUE tal que permita excepcionar la aplicación del Derecho de la Unión si el Derecho interno tuviera unos estándares de protección más exigentes en materia de Derechos Fundamentales atenta contra el principio de primacía del Derecho de la Unión, pues no es sino la posibilidad de que un Estado Miembro obstaculice la aplicación de actos jurídicos plenamente conformes con el Derecho de la Unión Europea por el hecho de que se confiera un régimen jurídico más garantista en el Derecho nacional.

A la hora de examinar la primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea es sumamente interesante analizar la interpretación que se realiza del artículo 53 CDFUE, en el que nuestro Tribunal Constitucional da a entender que el principio de primacía quebraría siempre y cuando el ordenamiento interno tuviera unos niveles de protección más amplios en materia de Derechos Fundamentales, de tal manera que no sería aplicable el Derecho de la Unión cuando previera unos estándares de protección inferiores a los estatales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia entendió que el artículo 53 CDFUE no fundamenta tal interpretación, pues esta sólo se aplica a situaciones en las que intervenga la aplicación de Derecho de la Unión, que será cuando el canon de garantías se realice en función de la CDFUE, y no de las Constituciones nacionales, pues cualquier interpretación diferente supone obstaculizar los fines y objetivos de la Unión, y en particular dificultar de manera no proporcional la entrega de condenados a Estados en que tienen asegurados también sus Derechos Fundamentales.

El Tribunal Constitucional no puede enjuiciar la Decisión Marco con respecto a la Constitución Española, ni siquiera puede enjuiciar directamente la Decisión Marco respecto al Derecho de la Unión<sup>(23)</sup>, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conserva el monopolio en la interpretación y depuración del Derecho de la Unión Europea<sup>(24)</sup>. Ante esta situación, se hace necesario que este sea quien enjuicie el Derecho y los actos de la Unión con respecto a la CDFUE, y en particular con su artículo 54.2, que establece el respeto a las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros. Estas características del proceso de integración europeo han ocasionado una continua evolución en las relaciones entre las jurisdicciones constitucionales y el Tribunal de Justicia, con «sendos procesos de europeización de las constituciones nacionales y de

---

(22) *Cfr.* AGUILAR CALAHORRO, A., *op. cit.*

(23) *Cfr.* AGUILAR CALAHORRO, A., *op. cit.*

(24) *Vid.* artículo 19 TUE.

una constitucionalización de los Tratados constitutivos de la Unión en lo que se articula una interacción necesaria y enriquecedora entre los Tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»<sup>(25)</sup>.

Se proclama que no hay obstáculo en que las Constituciones nacionales otorguen un mayor grado de protección o de garantía a los Derechos Fundamentales, pero única y exclusivamente respecto de aquellas competencias que les compete, pues para el Tribunal de Justicia en aspectos que son competencia de la Unión la CDFUE se configura como el elemento clave en el establecimiento y protección de los Derechos y Libertades Fundamentales. Sin embargo, cabe afirmar que el artículo 10.2 CE debería configurarse como el elemento que impida la aparición de un doble estándar los Derechos Fundamentales, de tal manera que la aplicación de ellos no sea diferente en el ámbito interno al del ámbito de la Unión Europea.

A través del artículo 10.2 CE debería ser posible conjugar ambos estándares de protección, de tal manera que con una interpretación conforme a los Tratados Internacionales, y en particular a la CDFUE y a CEDH<sup>(26)</sup>, no surgieran problemas de aplicación de los Derechos Fundamentales. Al igual que en el caso de la condena en ausencia, no creo que haya que abogar por crear un problema de primacía del Derecho de la Unión, sino que habría que resolverlo a través de una interpretación concordante de los Derechos Fundamentales, pues engarzarlo a través del principio de primacía puede ocasionar dudas y disfunciones no deseables.

En el caso de la posición del Tribunal Constitucional respecto a la necesidad de revisión del proceso para condenados en ausencia nos encontramos ante un supuesto en que la doctrina había considerado mayoritariamente que se trataba de una actitud errónea y que afectaba a la relación *ad extra* de los Derechos Fundamentales, pero cabe preguntarse qué ocurriría en caso de que se tratara de otra cuestión en la que el contenido absoluto del Derecho Fundamental estuviera situado en el plano interno del Derecho español<sup>(27)</sup> y del que no se predicara que fuera una doctrina errónea. Los poderes públicos están sujetos a la Constitución, pero en un escenario hipotético pudiera llegar el caso de que tuvieran que realizar actos de ejecución que fueran conformes al Derecho de la Unión pero disconformes con los Derechos Fundamentales garantizados en la Constitución, como se establece en la DTC 1/2004.

### III. PLURALISMO CONSTITUCIONAL

#### 1. Pluralismo constitucional y ordinamental

La primacía y supremacía, en sí mismas consideradas, pueden ser representadas como características separadas de dos sistemas normativos. Sin embargo, en el seno de la Unión Europea, nos encontramos ante una serie de Estados Miembros que poseen sus

---

(25) CID VILLAGRASA, B., *op. cit.*, p. 379.

(26) Cf. GARCÍA ROCA, J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público Europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, 2012.

(27) CID VILLAGRASA, B., *op. cit.*, pp. 380-385.

propios ordenamientos jurídicos, de igual forma que la Unión Europea tiene el suyo propio<sup>(28)</sup>, por lo que se hace necesario observar cómo y en qué sentido se relacionan la primacía y supremacía entre sí, y cuáles son las consecuencias que ocasiona esta interdependencia en el ámbito del elemento distintivo de todo ordenamiento jurídico independiente: la soberanía<sup>(29)</sup>.

El pluralismo constitucional –o, en su vertiente más estrictamente correcta, ordinamental– supone el reconocimiento de una situación en la que coexisten, en un mismo ámbito de aplicación (espacial y temporal) varios ordenamientos jurídicos<sup>(30)</sup>.

Este pluralismo ordinamental es algo plenamente visible en el ámbito de la Unión Europea, un territorio en el que se encuentran los ordenamientos jurídicos de los 28 Estados Miembros y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Con el término de pluralismo constitucional se hace referencia al hecho de la coexistencia de una serie de ordenamientos que son plenamente soberanos por sí solos, que autónoma e independientemente gozan de capacidad autorreferencial con la que determinar la validez y aplicabilidad de las normas que forman parte de su ordenamiento.

Aunque ciertamente es discutible, como se verá, que pueda hablarse en el ámbito del ordenamiento de la Unión Europea de una independencia y autonomía absoluta, quisiera utilizar este *nomen iuris* para resaltar que no nos encontramos ante subordinamientos jurídicos dentro de una estructura jurídica compleja, sino de una verdadera pluralidad ordinamental en el seno de una organización supranacional de integración.

El Tribunal de Justicia estableció que el Derecho de la Unión Europea se configura como un Derecho autónomo, necesario para el desarrollo de los objetivos y fines de la Unión en el marco de una cesión competencial por parte de los Estados Miembros, de una manera similar a la que ocurre en los sistemas constitucionales federales. Sin embargo, esta cesión de poderes y atribución competencial no se produce en una especie de jerarquía descendente, en la que se derive el propio ordenamiento a partir de una norma fundamental primigenia que da forma a la organización. En el caso de la Unión, esta no se configura como el más supremo elemento jurídico-político, y ni siquiera es formado por una voluntad originaria de poder constituyente, sino que son los Estados Miembros, a su vez poderes constituidos y que no actúan como constituyentes, los que a base de una limitación precisamente de sus poderes soberanos –o al menos del ejercicio de ellos– otorgan una realidad jurídica en la que operar a la Unión Europea<sup>(31)</sup>.

Esta pluralidad de ordenamientos constitucionales no significa por otra parte que formen un ordenamiento plural, pues pluralidad ordinamental y ordenamiento plural no son el mismo fenómeno. El segundo de los conceptos se refiere a un ordenamien-

---

(28) Cfr. DE MIGUEL BÁRCENA, J., *op. cit.*, pp. 85-86.

(29) Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., «Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, 2012, pp. 363-366.

(30) SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados Miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2004.

(31) *Vid.* Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel*, TJCE, asunto 6/64.

to jurídico en cuyo seno existe una serie de subordenamientos jurídicos, aunque en todo caso subordinados jerárquica, competencial y aplicativamente<sup>(32)</sup>. Podría ser un ejemplo de ellos el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, en los que el ordenamiento jurídico está formado por los subordenamientos jurídicos de los 50 Estados que conforman la Federación, además del que conforma la Federación en sentido estricto<sup>(33)</sup>.

El Derecho de la Unión no forma un ordenamiento plural en tanto en cuanto su base no es estrictamente de validez jerárquica, pues mientras que en los ordenamientos plurales la construcción sistemática del Derecho se produce en base a la propia ley<sup>(34)</sup>, sin necesidad de entrar en el campo de la aplicabilidad, con el razonamiento lógico de validez encadenada, en el Derecho de la Unión «la reconstrucción sistemática del Derecho europeo ha resultado esencialmente descendente, en su fase aplicativa, a modo de manifestación de un autoproclamado principio de unidad o monopolio jurisdiccional a favor del Tribunal de Justicia»<sup>(35)</sup>.

Nos encontramos en el seno de la Unión Europea ante una pluralidad de ordenamientos jurídicos, en los que a falta de una verdadera Constitución, que propugne el cambio hacia un ordenamiento plural, ocasiona una serie de disfunciones y pugnas entre los distintos centros de poder y producción normativa que hacen necesario la aplicación de una serie de relaciones jurídicas determinadas a la hora de conseguir la eficacia normativa requerida en todo ordenamiento jurídico.

## **2. Relaciones entre ordenamientos**

Se ha visto que en el ámbito de la Unión Europea concurren una serie de ordenamientos jurídicos que, aunque no se predique de todos ellos una autorreferencialidad y positividad unilateral, podrían considerarse parcialmente autónomos. Esta pluralidad ordinamental<sup>(36)</sup> ocasiona el establecimiento entre ellos de una serie de relaciones jurídicas y de concordancia, no sólo en cuanto a su propia referencialidad, sino también consecuencia de la necesidad de aplicación efectiva del Derecho. En busca de una teoría de relación jurídica entre diversos ordenamientos, en términos generales, ante el problema de la multiplicidad ordinamental, las posibilidades de actuación serían reconocer la supremacía completa de la Constitución, entendida esta en un sentido tanto formal como material; reconocer la supremacía de la Constitución material, esto es, sólo de aquella

---

(32) SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *op. cit.*

(33) Sobre la implantación del sistema federal de los Estados Unidos, *vid.* BLANCO VALDÉS, R.L., «El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos», *Modelos Constitucionales en la Historia Compara-da, Junta General del Principado de Asturias*, Oviedo, 2000, pp. 113-130.

(34) *Cfr.* DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes, Ariel Derecho, L'Hospitalet*, 2008, pp. 87-91.

(35) SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *op. cit.*

(36) Pluralidad ordinamental que, como se verá *infra*, no presupone de todos ellos una autorreferencialidad y positividad unilateral, sino que lleva a considerar al ordenamiento jurídico de la Unión como parcialmente autónomo.

parte considerada esencial; o bien admitir la supremacía compartida con el Derecho de la Unión<sup>(37)</sup>.

En el primero de los enfoques posibles, se entiende la Constitución –tanto en un aspecto formal como material– como norma jurídica con supremacía absoluta, no siendo posible una reforma constitucional más que a través de los cauces expresamente reconocidos, pues todo producto normativo con validez en dicho ordenamiento jurídico ha de estar en consonancia con la Constitución, sin que pueda existir mecanismo alguno que permita una reforma constitucional a través de Tratados Internacionales o por la propia deriva del Derecho de la Unión.

En el segundo de los enfoques se reconoce una especie de supremacía no absoluta de la Constitución, pues esta primacía sólo se inferirá de lo que ciertos autores denominan la parte material o sustancial de ella, es decir, aquello que forma el núcleo esencial de la Constitución<sup>(38)</sup>. Como consecuencia de esta supremacía parcial, el núcleo esencial será completamente indisponible. Sin embargo, en el contenido no especialmente protegido, es decir, en aquello que carece de supremacía absoluta por no estar dentro del contenido esencial, sí será posible predicar la primacía del Derecho de la Unión respecto de ello, aunque siempre de acuerdo a lo que expresamente en ella se disponga sobre su reforma.

Por último, en tercer lugar nos encontramos con aquel marco de relación en el que existe una supremacía compartida entre el Derecho de la Unión y la propia Constitución<sup>(39)</sup>, consecuencia de una igualdad normativa entre ambas fuentes que se refleja en una especie de igualdad jerárquica entre ellas, lo que permite que incluso la propia norma constitucional sea reformada a través del Derecho de la Unión y de los Tratados Internacionales<sup>(40)</sup>.

En conclusión, será primordial determinar cuál de estas perspectivas parece más adecuada para explicar las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que dependerá no sólo de la propia Constitución, sino también de la deriva jurisprudencial de los diferentes Tribunales Constitucionales nacionales en la delimitación de sus relaciones interordinamentales. Sin embargo, resulta harto complicado adoptar posiciones que no establezcan un sistema jurídico cerrado, con la Constitución como cúspide normativa del ordenamiento, de la que se predica su supremacía absoluta respecto de cualquier acto normativo, tanto interno como externo. El resto de opciones plantean un interrogante en torno a la autorreferencialidad y positividad del ordenamiento<sup>(41)</sup>, no siendo capaces de establecer un sistema autónomamente cerrado y efectivo.

### 2.1. Diálogo entre Tribunales

El diálogo entre Tribunales, o diálogo jurisdiccional, es un fenómeno jurídico complejo que puede englobar bajo su nomenclatura una diversidad de concepciones doctrinales

---

(37) Cfr. FERRERES COMELLA, V., *op. cit.*, p. 77.

(38) *Vid.* Artículo 79.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

(39) FERRERES COMELLA, V., *op. cit.*, pp. 80-88.

(40) Siguiendo, en todo caso, los procedimientos establecidos por la propia Constitución para su reforma.

(41) Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 360– 364.

distintas, pero que se configura como un factor de relación entre órdenes normativos diversos<sup>(42)</sup>. En el campo de las relaciones ordinamentales, y más aún en la Unión Europea, debemos de comprender este diálogo como una acción multilateral<sup>(43)</sup>, en la que diversos sujetos –ordenamientos– se encuentran en planos u órdenes normativos separados pero con competencias concurrentes<sup>(44)</sup> ante un determinado asunto. A través del diálogo entre tribunales se logra un sustrato común o una solución plausible al problema jurídico en cuestión, siendo esencial por tanto el elemento teleológico de la cooperación en la búsqueda de una posición común que redunde en un beneficio para ambas partes.

El diálogo entre Tribunales presupone la existencia de un pluralismo constitucional, en el cual se hace necesario establecer relaciones entre los distintos órdenes constitucionales o normativos, normalmente a través de los sistemas jurisdiccionales de los mismos, con el objetivo de lograr la más efectiva aplicación posible del Derecho. No hay una unificación del ordenamiento, y por ende del sistema jurisdiccional, bajo una misma Constitución o norma fundamental, sino que está formado, por una estructura compleja de distintos niveles, en la cual las relaciones no se basan *prima facie* en un sistema jerárquico de fuentes, pues los distintos ordenamientos que engarzan al sistema tienen entre sí un cierto grado de independencia, o al menos autonomía, que propicia no una relación de jerarquía, sino de conexión normativa. Se trata de un modelo normativo integrado por una variedad de ordenamientos jurídicos autónomos, pero interdependientes, que se influyen y condicionan recíprocamente, en el cual los derechos tienen una diversidad de protección jurisdiccional y los distintos Tribunales han de cooperar entre sí, a fin de lograr su armonización<sup>(45)</sup>.

En la construcción de un espacio común de derechos y libertades podríamos decir que el diálogo jurisdiccional se configura como «una realidad que permite visualizar en una imagen el proceso de construcción de una garantía colectiva europea sobre derechos, e impulsar su función como instrumento constitucional en un orden público democrático»<sup>(46)</sup>, buscando no sólo una integración formal de los Estados, sino también un sustrato material sobre el que asentar la convivencia pacífica en una organización supranacional de integración.

En el ámbito de la Unión Europea, este diálogo jurisdiccional puede observarse principalmente a través de la cuestión prejudicial, que es la forma de diálogo judicial por excelencia en nuestro ámbito de referencia, pues se trata de una forma (cuasi) obligatoria<sup>(47)</sup> de relación interordinamental, que se produce en una armonía temporal y con unos resultados efectivos y positivos. Se produce en armonía temporal en tanto

(42) Cfr. GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, pp. 183-185.

(43) En la Unión Europea podría decirse que confluyen los órdenes nacionales, el de la Unión Europea y el del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(44) Entendiendo competencia como aquella atribución legítima a un organismo o autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto determinado, para ello cfr. ARAGÓN REYES, M. (Director), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 337-339.

(45) Cfr. DE MIGUEL BÁRCENA, J., *op. cit.*, pp. 105-111.

(46) GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, p. 218.

(47) Cfr. TENORIO SÁNCHEZ, P., *op. cit.*

que en la cuestión prejudicial, el diálogo se produce en una continuidad temporal y de acto, pues una vez que el órgano jurisdiccional eleva la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, el proceso se suspende a la espera de que este conteste a los requerimientos formulados, reuniéndose el proceso bajo las previsiones que se hayan realizado respecto del Derecho de la Unión.

La cuestión prejudicial es un instrumento esencial en el ámbito de las relaciones entre el Derecho de la Unión y su aplicación por los órganos jurisdiccionales de un Estado, pues sirve para garantizar la adecuada interpretación y aplicación del Derecho de la Unión y facilita la cooperación entre los dos ámbitos ordinamentales<sup>(48)</sup>, pues no hay que olvidar la descentralización jurisdiccional en el seno de la Unión Europea y la atribución a los órganos jurisdiccionales nacionales de la aplicación ordinaria del Derecho de la Unión. En este sentido, el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se asemeja a una especie de Tribunal Constitucional en el ámbito del Derecho de la Unión, en tanto que es el encargado de velar, en última instancia, por la interpretación y validez de las normas emanadas del poder legislativo de la Unión.

La cuestión prejudicial ha sido ampliamente aceptada –y utilizada– por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, aunque en el plano de las instancias constitucionales no ha sido aún hoy demasiada la aceptación de la cuestión prejudicial<sup>(49)</sup>. Las reticencias a plantear cuestiones prejudiciales entre los Tribunales Constitucionales nacionales no es algo inherente a nuestro Tribunal, sino que puede decirse que es la tónica general en la mayoría de las Cortes Constitucionales de nuestro entorno<sup>(50)</sup>.

En este contexto, de amplia reticencia a recurrir al reenvío jurisdiccional por parte de los Altos Tribunales, es quizás relevante que, el pasado mes de febrero, el Tribunal Constitucional Federal Alemán planteó, ante el Tribunal de Justicia su primera cuestión prejudicial<sup>(51)</sup>, en relación con la legalidad del programa de compra de deuda del Banco Central Europeo. Sin lugar a dudas, el Tribunal Constitucional Federal Alemán es considerado como uno de los más beligerantes, y el que atesora algunas de las sentencias más importantes en el ámbito del proceso de integración, por lo que el hecho de que el Tribunal Constitucional Alemán se haya sumado a la cooperación con el Tribunal de Justicia es una buena muestra de la evolución en la integración europea y la cooperación jurídica entre los distintos agentes de la misma.

Además de la cuestión prejudicial, el diálogo jurisdiccional se observa también en las relaciones que mantiene nuestro ordenamiento constitucional en materia de Derechos Fundamentales con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que respecta a

---

(48) Sobre la incidencia de la cuestión prejudicial en las relaciones entre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y los ordenamientos jurídicos nacionales *vid.* POIARES MADURO, M., «Las formas de poder constitucional de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, n. 119, pp. 11-55.

(49) Sobre las razones de esta actitud, *vid.* STC 28/1991, piedra angular de la doctrina según la cual el Tribunal Constitucional era contrario a la cooperación con el TJUE.

(50) *Cfr.* TENORIO SÁNCHEZ, P., *op. cit.*

(51) Sobre la cuestión prejudicial y la posición del Tribunal, *vid.* ROTEROD, D., «The German Constitutional Court's decision about the European Central Bank's OMT mechanism: A masterpiece of judicial arrogance», *European Policy Brief*, n. 30, 2014.

los derechos reconocidos por el Convenio en cuanto a la interpretación de los mismos, entendiendo esta como una herramienta propia de la tutela jurisdiccional respecto de los ciudadanos de un determinado Estado<sup>(52)</sup>.

Este fenómeno se producirá aquí, principalmente, a través de los Tribunales Constitucionales, pues son ellos los garantes de la interpretación última de dichos derechos<sup>(53)</sup>. Sin embargo, y a diferencia de las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales de la Unión, que se materializa a través de la cuestión prejudicial, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos encontramos ante un escenario difuso, en él se carece de la primacía del Derecho de la Unión, y donde el diálogo no se produce en un mismo acto, sino que es un fenómeno dilatado en el tiempo, en el que sus rasgos definitorios no pueden ser estudiados inmediatamente, sino sólo a través del lento discurrir de la jurisprudencia.

Se hace necesario concebir al CEDH como una normativa multilateral, basada en el pluralismo y la diversidad de tradiciones constitucionales de los Estados Miembros, que busca un consenso mínimo y común de todos ellos, acción que se ve legitimada por la existencia del diálogo jurisdiccional entre el TEDH y los Tribunales Constitucionales, evitando en todo caso el vaciamiento del contenido material y esencial del CEDH que sería ocasionado con interpretaciones incompatibles en los distintos Estados, por lo que, en definitiva, «estamos ante una operación hermenéutica de interpretación de los derechos, basada en una ponderación de diversos intereses públicos y privados, en torno a concretos conflictos subjetivos, mediante motivaciones y exégesis que adquieren una eficacia abstracta y general y se adhieren a las disposiciones del Convenio»<sup>(54)</sup>.

#### IV. LA SOBERANÍA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

##### 1. La noción de soberanía

En el ámbito de un marco global y plural como es la Unión Europea, con una cesión de competencias cada vez mayor, que afectan cada día a ámbitos del poder estatal más importantes<sup>(55)</sup>, se hace necesario examinar hasta qué punto se ha visto afectada la soberanía de los Estados Miembros y sus consecuencias en las configuraciones constitucionales de los Estados Miembros.

La interdependencia e interconexión regional y global, consecuencia de la evolución económica y política de las sociedades que ha traído consigo la globalización, dificulta la comprensión de la soberanía estrictamente desde las formas tradicionales

---

(52) Cfr. GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, pp. 186-189.

(53) Sobre la interpretación de los Derechos Fundamentales, *vid.* ALÁEZ CORRAL, B.; BASTIDA FREIJEDO, F.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.; PRESNO LINERA, M.A.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005.

(54) GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, p. 186.

(55) Sobre la evolución competencial de la Unión Europea, *vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros*, Tirant lo Blanch, 2006.

de pensamiento. Las comunidades nacionales no son única y exclusivamente las únicas fuentes de las decisiones políticas que ejercen influencia sobre la vida de los miembros de la comunidad, y a la inversa, las medidas implantadas por los gobiernos nacionales no afectan única y exclusivamente a sus propios ciudadanos<sup>(56)</sup>. Esta pérdida de independencia en la gobernanza, de capacidad para autodeterminarse políticamente, ha ocasionado la aparición de focos difusos de poder, pues las decisiones en muchas ocasiones no son tomadas por actores claramente identificables, sino que intervienen una pluralidad de elementos muy alejados de los ámbitos en que dichas decisiones gozan de influencia. Se produce, por tanto, una dicotomía entre fuerzas estatales y no estatales, de amplia heterogeneidad, englobando no solamente actores a los que la propia comunidad, en una voluntad política expresa, ha reconocido, sino también otros elementos de los que sería posible poner en duda su legitimidad para actuar como tales. Sería posible preguntarse, toda vez que observamos constantemente esta pluralidad de fuerzas, hasta qué punto las fuerzas aquí expuestas son soberanas y ejercen soberanía allí donde ejercen poder.

Desde un punto de vista politológico, y aceptando las consecuencias de la globalización política, entiendo que la soberanía es aquella cualidad o efecto, propio de un ordenamiento jurídico o de una estructura constitucional, por el cual no es posible la acción de fuerzas externas en la modificación de la Constitución<sup>(57)</sup>. En otras palabras, según esta visión se estaría comprendiendo la soberanía como aquella resistencia que presenta un sistema a ser modificado por una vía externa a la reconocida en la propia Constitución.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, resulta complicado admitir un enfoque de la soberanía *ad extra*, que no parta del propio ordenamiento en la definición del término sino que necesite recurrir a factores externos<sup>(58)</sup>. En tal sentido, cobra más sentido para las tesis jurídicas la defensa de la soberanía como competencia de la competencia, que sin bien guarda una relación lógica con el anterior enfoque, presupone la soberanía al entender que la titularidad del control competencial en último término garantiza la soberanía del Estado. Esta concepción de soberanía se opone a aquella otra, más tradicional en la teoría política clásica y aún hoy reflejada en el pensamiento de algunos Tribunales Constitucionales, que consideran que la soberanía está en relación con una serie de materias clave en la concepción del Estado, y que mientras este siga reteniendo el ejercicio y titularidad de ellas seguirá siendo soberano<sup>(59)</sup>. No es difícil plantear la primera gran cuestión respecto de esta actitud ante la soberanía, pues cómo determinar qué materias son aquellas que deben de estar reservadas al Estado soberano, hasta qué punto pueden cederse parte de ellas sin que se pierda la cualidad soberana, cuáles son las verdaderas marcas de la soberanía.

Ante este problema, cobra más vigor la interpretación formalista adoptada, que alejada de ámbitos materiales se vuelve ventajosa a la hora de la delimitación de la so-

---

(56) Cfr: HELD, D., *op. cit.*, pp. 37-45.

(57) Vid. SODARO, M.J., *Política y Ciencia Política*, McGraw Hill, Madrid, 2004, pp. 79-81.

(58) Cfr: ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 359-363.

(59) En particular, *vid.* Sentencia BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009.

beranía. Ahora bien, el problema que se plantea aquí es sí, una vez que la Constitución reconoce la posibilidad de mutabilidad de sí misma a través de la fuerza del Derecho de la Unión, o de un Tratado Internacional si se prefiere, sigue poseyendo ese Estado la competencia soberana. Sin embargo, la citada mutabilidad de la Constitución se ve garantizada bajo la posibilidad de salida de la organización, pues «independientemente del compromiso de carácter indefinido adquirido mediante los tratados, la retirada del proceso de integración no puede impedirse ni por los demás Estados miembros ni por la Unión. No hay aquí, sin embargo, una secesión respecto de una asociación de Estados (*Staatsverband*), sino, precisa el TCF, solamente la salida de una unión de Estados (*Staatenverbund*) basada en el principio del compromiso reversible»<sup>(60)</sup>.

La pérdida de la soberanía, si es que lleva a producirse algún día, debiera ser consecuencia de su traslación a otra entidad que pasaría a ser soberana, pues no cabe pensar en que sencillamente esta desaparezca<sup>(61)</sup>. Como supuesto más próximo o plausible, podríamos suponer que esta podría haberse cedido a la Unión Europea, pero más allá de posibilidades, suponer a día de hoy tal posibilidad implica un error de hecho, pues desde el punto de vista del Derecho, la Unión no goza del aparato jurídico para ser un ente soberano. El Derecho en un ente soberano es necesario e imprescindible, y como veremos, el Derecho de la Unión no goza de la cualidad necesaria para ser considerado autónoma e independientemente, al menos desde un punto de la teoría clásica de la estatalidad.

El Derecho consiste principalmente en reglas acerca de la fuerza, reglas que contienen pautas de conducta para el ejercicio de la fuerza. Dicho en otras palabras, el orden jurídico nacional son reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercitarse la fuerza física contra una persona<sup>(62)</sup>. En base a esto, un ordenamiento jurídico que no sea capaz de aplicar sus normas no es un verdadero ordenamiento jurídico, pues éste necesita de una observancia generalizada para dotar de dicho carácter a las normas que lo contienen. Esta observancia generalizada no ha de serlo de una norma en particular, que podría ser seguida por una multiplicidad de factores no exclusivamente jurídicos, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>(63)</sup>. En otras palabras, el ordenamiento jurídico no es sino el poder autorizado (validez) que emite una norma cuya observancia será generalizada (eficacia) a través de la coacción regulada.

En mi opinión, a este respecto el Derecho de la Unión Europea es Derecho en tanto en cuanto su observancia se encuentra generalizada por la acción coactiva de los Estados Miembros<sup>(64)</sup>, pues en sí mismo considerado, y sin Estados Miembros, carece de la coacción necesaria para ser considerado como tal, pues pese a tener en su contenido regulación coactiva, no son estas sino una cesión de los órdenes

---

(60) Cfr. PUNSET BLANCO, R., «Soberanía estatal e integración europea», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 25, 2011, p. 148.

(61) La soberanía, como cualidad formal asociada a un ordenamiento jurídico, será trasladada al ordenamiento jurídico efectivo sucesor del original, sin que sea lógicamente posible su abstracción.

(62) Cfr. BOBBIO, N., *Contribución a una teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 325-327.

(63) Cfr. BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 360-362.

(64) Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, p. 368.

normativos soberanos de los Estados. En consonancia con esto, no puede predicarse soberanía alguna ni primacía respecto del hecho que faculta que sean precisamente un ordenamiento jurídico, pues al presuponerse su propia primacía estaría otorgándose a sí mismo la preeminencia, un absurdo lógico en tanto que el Derecho de la Unión necesita de la Constitución de los Estados Miembros, y de su ordenamiento jurídico, precisamente para ser Derecho.

En conclusión, pese a concurrir una pluralidad de ordenamientos jurídicos en el ámbito de la Unión Europea, no se puede decir consecuentemente que nos encontremos ante una pluralidad de soberanías. Pueden observarse concepciones doctrinales que abogan por una pluralidad soberana, en la que la propia soberanía se reparte entre diversos órdenes normativos, aunque con importantes problemas a la hora de sus relaciones y su propia legitimidad<sup>(65)</sup>. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea aún está claro que la soberanía es un hecho definitorio de Estado, con el que se encuentra en una relación simbiótica por el cual no es posible concebir al Estado-Nación sin la noción de soberanía<sup>(66)</sup>, sin un ordenamiento jurídico que regule la fuerza coactiva del Estado y en la que por tanto se insertan los distintos órdenes normativos en la Unión Europea.

## 2. La soberanía en el marco del proceso de integración europea

El proceso de integración europea tiene como efecto principal la transferencia del ejercicio de determinados poderes soberanos de los Estados Miembros a la Unión Europea, de manera que su ordenamiento jurídico es formado precisamente en el ejercicio de estas facultades cedidas. Ahora bien, la cuestión radica en saber hasta qué punto se ha cedido la soberanía de los Estados Miembros a la Unión Europea y como se entiende ésta en el contexto del proceso de integración europeo. No cabe duda de que se trata de un tema controvertido, pero al fin y al cabo la verdadera importancia del análisis de la primacía y la supremacía no es su mera concepción en abstracto, sino aplicarlo a la realidad práctica de las relaciones internacionales y de la concepción estatal, establecer cuál es el Derecho aplicable en cada situación y reconocer la fuente de producción normativa que está legitimada para llevar a cabo la producción jurídica.

Para responder a la cuestión de si hemos perdido nuestra soberanía en detrimento de la Unión Europea, y en consonancia con todo lo anteriormente expuesto, pues en términos generales se desprende directamente de ello, analizaré la competencia sobre las competencias y el posible control jurisdiccional constitucional sobre el proceso de integración europeo, no ya en un sentido abstracto, sino en la realidad constitucional del proceso de integración europeo y consecuencia de la realidad normativa existente en la Unión Europea y en los Estados Miembros. La competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) se configura como elemento esencial para delimitar la esencia soberana de una organización, pues desde la perspectiva formal de soberanía adoptada, en la cual no hay unas marcas de la soberanía en sentido estricto, esta se manifiesta como

---

(65) Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 366-369.

(66) Cfr. PASSERIN D'ENTRÈVES, A., *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 127.

el punto clave en la capacidad de determinar autónoma, independiente y unilateralmente las decisiones a adoptar<sup>(67)</sup>.

La Unión Europea sigue siendo una organización internacional, en la que no cabe hablar de Federación, apenas si quiera de Confederación pues no tiene los elementos de estatalidad necesarios<sup>(68)</sup>, por lo que difícilmente podrá sustraerse la soberanía a los Estados Miembros sin que haya otro ente al que realizar la traslación de ella. Nuestra posibilidad de abandonar la Unión Europea, tal y como recoge el artículo 50 TUE, que permite a todo Estado retirarse de la organización conforme a sus normas constitucionales<sup>(69)</sup>, supone que en última instancia es el propio Estado quien determina su futuro y tiene capacidad para adoptar sus decisiones fundamentales.

La clave estriba, por tanto, en que es una actuación soberana la que lleva a cabo dicha transferencia, y por otra actuación soberana posterior sería posible recuperar esas competencias<sup>(70)</sup>, de manera que no hay pérdida de la facultad soberana, que en ambos casos es la misma. En el momento en que ese derecho de retirada, ese derecho de abandonar la Unión Europea consagrado en el artículo 50 TUE, deje de ser una facultad exclusiva e individual de un Estado Miembro para pasar a ser una facultad colectiva en el que hayan de intervenir tanto la Unión en sentido global, como el resto de Estados en sentido individual, es decir, en que un Estado no pueda abandonar la Unión Europea autónomamente e independientemente<sup>(71)</sup>, estaremos ante el momento en que se produce la traslación de la soberanía desde los Estados Miembros a la Unión Europea y la Unión Europea como tal comenzaría a tener una caracterización de Estado a los ojos del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional.

¿Qué ha de entenderse, en suma, por la *Kompetenz-Kompetenz*? A mi juicio, ésta es una facultad que es una abstracción lógica del poder soberano que emana del pueblo y que se materializa en la Constitución, de tal forma que no hay una concreta materia que podamos identificar con ella, como pudiera ser la facultad de reforma constitucional, sino una construcción teórica, de carácter lógico-jurídico, que nos permite acercarnos con mayor efectividad al ámbito competencial y soberano de un ordenamiento jurídico.

Esta competencia sobre las competencias podría ser cedida a la Unión Europea, por supuesto, pero no sin antes proceder a una profunda reforma constitucional, no sólo en tanto que el artículo 93 CE, a través del cual se debería hacer la transferencia,

---

(67) Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «Soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal Constitucional Alemán. ¿Una nueva defensa *ad extra de la democracia?*», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 32, 2013, pp. 265-266.

(68) Se ha definido al Estado, tradicionalmente, como la conjunción de poder, territorio y pueblo [Cfr. ARAGÓN REYES, M (Director), *op. cit.*, pp. 89-93], por lo que podríamos definir al Estado como aquel conjunto de elementos que suponen la convivencia de un conjunto de personas (pueblo) en un determinado espacio físico (territorio) en tanto en cuanto existe un aparato jurídico (poder) que regula las distintas relaciones existentes en el seno de esa entidad y cuyo elemento esencial es la cesión del elemento coactivo por parte de la sociedad sometida al propio aparato jurídico-político establecido.

(69) Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *op. cit.*, p. 270.

(70) Cfr. PUNSET BLANCO, R., *op. cit.*, pp. 147-150.

(71) Sin perjuicio de las eventuales negociaciones que, en múltiples materias, deberían llevar a cabo el Estado en cuestión y la Unión Europea, aspecto que no prejuzga la facultad de abandono unilateral de la organización.

tal y como establece hoy en día el texto constitucional, no permite la cesión de tal facultad, sino en tanto que habría que modificar otros preceptos que podrían ver su contenido material alterado, como el relativo a la supremacía de la Constitución, salvo claro está que aceptemos que podría procederse a una mutación tácita o implícita de la Constitución una vez que se cediera a la Unión la competencia sobre las competencias, proclamando por tanto la supremacía y primacía absoluta del Derecho de la Unión respecto de la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo con ello a la propia Constitución.

Pese a la mejor adaptación jurídico-política que se predica de una concepción de la soberanía en el sentido formal<sup>(72)</sup>, no son pocos los Tribunales Constitucionales que aún siguen considerándola en una forma material, no tanto como reflejo de la competencia sobre las competencias, sino en función de una serie de materias que, para seguir conservando la soberanía, ha de recaer, tanto su titularidad como su ejercicio, en el Estado<sup>(73)</sup>. En definitiva, la competencia sobre las competencias no es sino el reflejo normativo de la soberanía<sup>(74)</sup>, una construcción lógico-jurídica que permite normativizar, en una norma jurídica abstracta, la soberanía.

Ahora bien, el control jurisdiccional por parte de los Tribunales Constitucionales sobre la supremacía de la norma constitucional y la preservación y enjuiciamiento de la competencia sobre la competencia se configura como otro de los elementos clave en la defensa de una concepción formal de la soberanía<sup>(75)</sup>. Podríamos tener la competencia sobre la competencia, y pese a ello haber perdido nuestra cualidad soberana, en tanto no hubiera mecanismos reales que aseguraran la efectividad del Derecho, pues esta va imbricada en la concepción de Derecho efectivo, efectivo en tanto en cuanto existe un aparato coactivo detrás.

No cabe duda de la función del Tribunal Constitucional como garante último de la supremacía de la Constitución, pues así se establece no sólo en la Constitución Española y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino también en la jurisprudencia del mismo. Podemos estar en desacuerdo con el contenido de la DTC 1/2004, por haber permitido una especie de riesgo de mutabilidad constitucional a través de un Derecho derivado conforme con el Derecho originario pero contrario a la Constitución –hipótesis de laboratorio, ciertamente, pero hipótesis que podría ocurrir–, pero en última instancia el propio Tribunal reconoce su capacidad para salvaguardar la identidad constitucional española y las estructuras inherentes al Estado y a nuestra capacidad soberana, pues «salvo que se afirme la transferencia a la Unión Europea de la competencia sobre las competencias y la consiguiente disolución de la supremacía jurídica de la Constitución

---

(72) Cfr: PUNSET BLANCO, R., *op. cit.*, pp. 161-163.

(73) Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán considera en su importante sentencia sobre el Tratado de Lisboa (Sentencia BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009) que el Derecho Penal, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ejército, el núcleo del Derecho Fiscal y Financiero, el Estado Social, y el Régimen Jurídico de la nacionalidad, la educación y la familia son una especie de marcas esenciales de soberanía, las cuales no pueden ser cedidas a la Unión sin que se produzca una violación de la soberanía del pueblo alemán.

(74) Cfr: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *op. cit.*, pp. 265-270.

(75) Cfr: PUNSET BLANCO, R., *op. cit.*, pp. 161-163.

nacional, la función de salvaguardia de dicha Constitución nacional es un deber de los Tribunales Constitucionales»<sup>(76)</sup>.

En tanto el Tribunal Constitución mantenga su plena hegemonía en el control de la supremacía de la Constitución Española<sup>(77)</sup>, con capacidad para enjuiciar la titularidad y ejercicio legítimo de la competencia sobre la competencia, asumida por el Estado español siempre y cuando no se produzca una traslación de ella en virtud de una decisión en la que participe siguiendo los cauces establecidos el pueblo español y los restantes Estados Miembros, nuestro Estado y su ordenamiento jurídico seguirán teniendo la consideración de elemento soberano en el marco del proceso de integración europeo.

### V. CONCLUSIONES

La Unión Europea se ha venido configurando como una Comunidad de Derecho, en la que los poderes públicos y los ciudadanos se encuentran sometidos al imperio de la ley. Pese a que las características esenciales del ordenamiento jurídico de la Unión – primacía, efecto directo, etc.– se han forjado principalmente consecuencia de una intensa labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia, hemos asistido desde la fallida Constitución Europea de 2004 –principalmente en ella, y no tanto en su forma o *nomen iuris* sino en cuanto a su contenido– a un intento de constitucionalización de sus principios jurídicos y políticos.

La primacía de la Unión Europea respecto de normas infraconstitucionales ha sido pacíficamente aceptado por nuestro Tribunal Constitucional, haciendo suyos los razonamientos que, a través de una jurisprudencia evolutiva, ha ido realizando el Tribunal de Justicia. La esencia de la primacía se incardina en la aplicabilidad de las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico dado, no en el propio ámbito de validez, es decir, en una especie de criterio normativo horizontal. Sin embargo, en lo que respecta a la Constitución, cabe concluir que esta no es posible, no sólo en tanto que atentaría contra la supremacía de nuestra norma fundamental, reconocida en el artículo 9.1 CE, sino también en tanto en cuanto el artículo 93 CE no faculta a los poderes públicos para disponer de la Constitución. En definitiva, sigue plenamente vigente aún hoy la idea de supremacía constitucional, pero ciertas imprecisiones en la argumentación del Tribunal Constitucional pueden hacer dudar de cuál es la verdadera naturaleza de la relación ordinal entre ambos ordenamientos jurídicos.

El Derecho de la Unión Europea es efectivo en tanto que forma parte y es aplicado por el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros. Por sí mismo considerado, la Unión Europea carece de un cuerpo coactivo tal que permita la efectividad del Derecho de la Unión y sostener una que norma es jurídica aún careciendo del elemento coactivo es un absurdo lógico. Por tanto, el Derecho de la Unión es ordenamiento jurídico autónomo siempre y cuando se encuentre respaldado por el aparato coactivo de los Estados Miembros, es decir, se encuentre inserto y relacionado con los orde-

(76) ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, p. 361.

(77) Así se ha manifestado el TC en la DTC 1/2004.

namientos jurídicos estatales. Sin esta precisión, no habría ordenamiento jurídico ni Derecho de la Unión.

El principio de primacía del Derecho de la Unión trata de articular las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Además, existen otra serie de fenómenos jurídicos que muestran las relaciones entre diversos ordenamientos. La importancia de estas figuras, y en especial del diálogo jurisdiccional, queda patente en el ámbito de los Derechos Fundamentales, en tanto que la Constitución reconoce la necesidad de interpretarlos conforme a los Tratados Internacionales firmados. El reconocimiento del valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha venido a complicar aún más el entramado jurídico en relación con ellos, pues pese al reconocimiento expreso que establece el artículo 53 CDFUE del respeto a la tradición constitucional de los Estados Miembros, el resultado de la cuestión prejudicial planteada por España pone de relieve su amplia relevancia y la complejidad de aunar tradiciones constitucionales diferentes.

La existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos no prejuzga el tratamiento dado a la soberanía de cada Estado, más aún cuando son las propias normas fundamentales las que reconocen la posibilidad de integración en una Organización Internacional. La soberanía, como cualidad de un ordenamiento jurídico e inmutabilidad de nuestra norma fundamental respecto de fuerzas extrínsecas a ella, sigue recayendo única y exclusivamente en el sujeto que nuestra Constitución establece. Mientras la competencia sobre a competencia y la posibilidad de una reversión en la cesión de competencias cedidas a la Unión, Europea, a través del artículo 50 TUE, no se ceda a otra organización no cabe duda de que la soberanía, entendida esta desde un sentido formal, seguirá estando completamente en manos del Estado español, pues conservamos la capacidad de enjuiciar la adecuación del proceso de integración europeo y, en última instancia, revertir nuestra integración en la Unión Europea, lo que significa que los Estados Miembros aún gozan de la capacidad de determinación política unilateral final, o lo que es lo mismo, la primacía y supremacía última de la Constitución Española como reflejo normativo de la soberanía del Estado.

## VI. BIBLIOGRAFIA Y FUENTES DOCUMENTALES

- ALÁEZ CORRAL, B.; BASTIDA FREIJEDO, F.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.; PRESNO LINERA, M. A.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005.
- AGUILAR CALAHORRO, A., «La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Auto del TC 86/2011, de 9 de junio», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2011, n. 16.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Soberanía constitucional e integración europea», *Soberanía y Constitución*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998.
- «Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, n. 30.

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., «Soberanía y democracia en el discurso europeo del Tribunal Constitucional Alemán. ¿Una nueva defensa *ad extra* de la Democracia?», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, n. 32.
- ARAGÓN REYES, M. (Director), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, 2011, n. 8.
- BLANCO VALDÉS, R. L., «El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos», *Modelos Constitucionales en la Historia Comparada*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2000.
- BOBBIO, N., *Contribución a una teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990.
- CID VILLAGRASA, B., «Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011. Las tres cuestiones prejudiciales», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2012, n. 26.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2008, n. 9.
- DE OTTO Y PARDO, I. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, L'Hospitalet, 2008.
- FERRERES COMELLA, V., «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», *Constitución Española y Constitución Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- GARCÍA ROCA, J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, n. 30.
- HELD, D., *La democracia y el orden global*, Paidós, Barcelona, 1997.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros*, Tirant lo Blanch, 2006.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, A. *La noción de Estado*, Ariel, L'Hospitalet, 2001.
- PUNSET BLANCO, R., «Soberanía estatal e integración europea», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2011, n. 25.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. «Relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados Miembros: apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2004, n. 2.
- SARRIÓN ESTEVE, J., «La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo», *Criterio Jurídico*, 2009, V.9.
- SODARO, M. J., *Política y Ciencia Política*, McGraw Hill, Madrid, 2004.

TENORIO SÁNCHEZ, P., «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Diario La Ley*, 2010, n. 75.

TORRES MURO, I., «La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, n. 97.

# GIBRALTAR, UN ENCLAVE COLONIAL EN EUROPA

Rosa ALDONZA RUBIO<sup>(\*)</sup>

*Universidad de Oviedo*

## RESUMEN

### **Gibraltar, un enclave colonial en Europa**

Ya hace más de trescientos años que se desencadenó entre España y Reino Unido el conflicto sobre la soberanía del Peñón de Gibraltar. A pesar del paso de tiempo, el conflicto sigue aún muy vivo. Este Trabajo trata de acercarse a la Historia más reciente del conflicto, a cómo se ha llegado a una situación en que, siendo Gibraltar una realidad colonial intolerable en el seno de la Comunidad Internacional, ha dejado de ser simplemente un problema de España y Reino Unido para debatirse en los foros internacionales. El análisis de las Resoluciones de la Organización de Naciones Unidas será vital para este acercamiento, así como los intentos de negociación entre las dos partes interesadas. Conviene además recordar que ambos son países miembros de la Unión Europea, condición que merece también una cierta atención para la mejor comprensión del contencioso gibraltareño.

**Palabras clave:** Gibraltar, descolonización, autodeterminación, Naciones Unidas, Unión Europea.

## ABSTRACT

### **Gibraltar, the last colonial territory in Europe**

More than three hundred years have elapsed since the conflict between Spain and the United Kingdom over Gibraltar was triggered. Despite the passage of time, the conflict is still very much alive. This paper analyses the most recent History of the conflict, how have we come to a situation in which Gibraltar, being an intolerable colonial reality within the International Community, has stopped being just the problem of Spain and the United Kingdom and has become an issue of debate at the international fora. The analysis of the United Nations' Resolutions is vital to this approach to the issue of Gibraltar, as well as the negotiation attempts between the two interested parties. It should also be noted that both countries are Member States to the European Union, status that also deserves some attention in order to better understand the dispute over Gibraltar.

**Keywords:** Gibraltar, decolonization, self-determination, United Nations, European Union.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL CONTENCIOSO.
- III. TRATAMIENTO DEL CONFLICTO EN LAS NACIONES UNIDAS.
- IV. EVOLUCIÓN DE LAS CONVERSACIONES ENTRE ESPAÑA Y EL REINO UNIDO ACERCA DE GIBRALTAR.
- V. FORO TRIPARTITO DE DIÁLOGO A PARTIR DE 2002.

---

(\*) TFG Grado en Derecho. Universidad de Oviedo.

- VI. SITUACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES DESDE 2012.
  - VII. GIBRALTAR COMO «BRITISH OVERSEAS TERRITORY».
  - VIII. GIBRALTAR EN LA UNIÓN EUROPEA.
  - IX. CONCLUSIONES.
- 

### I. INTRODUCCIÓN

La colonia gibraltareña surge hace más de 300 años, pero sigue siendo un tema de plena actualidad tanto en las relaciones de España con Reino Unido como en el seno de la Comunidad Internacional. Este trabajo trata de dar un enfoque actual e incluso futuro de la «cuestión gibraltareña», ofreciendo un análisis de la irregularidad que supone, desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, Gibraltar como colonia en Europa.

Para este estudio, se abordará en especial la postura de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) respecto de los denominados «territorios no autónomos» y, más en concreto, las Resoluciones relativas a la descolonización y el derecho de libre determinación de los pueblos, desde la perspectiva de su aplicación a los territorios que ya tenían vínculos anteriores con algún Estado.

Resulta inevitable plantearse el derecho de los gibraltareños a ser escuchados en cuanto a la resolución de un conflicto que les afecta directamente, y a que sus pretensiones de futuro sean tomadas o no en consideración. Además, es necesario analizar los esfuerzos negociadores que se han llevado a cabo entre España y Reino Unido, en ocasiones con la intervención de Gibraltar, que es el proceso por el que han optado las Naciones Unidas a la hora de descolonizar el Peñón.

Por último, conviene mencionar que España y Reino Unido están estrechamente ligados por su pertenencia a la Unión Europea. El contencioso entre ambos países da por tanto lugar a un particular estatuto de Gibraltar dentro de la Unión Europea.

### II. BREVÍSIMA CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL CONTENCIOSO

Tras la muerte del rey español Carlos II sin descendencia, se desencadena en Europa una guerra de sucesión, que se zanja el 13 de julio de 1713 con la firma del conocido como «Tratado de Utrecht», un tratado de amnistía entre España y Reino Unido que ponía fin a la guerra y por el que España cedía «*para siempre*» Gibraltar a Gran Bretaña. Esta cesión se produce en virtud del artículo X de dicho Tratado, que expresamente establece que «*El Rey Católico, por sí y por sus herederos y sucesores, cede por este Tratado a la Corona de la Gran Bretaña la plena y entera propiedad de la ciudad y castillo de Gibraltar [...] dando la dicha propiedad absolutamente para que la tenga y goce con entero derecho y para siempre, sin excepción ni impedimento [...] Si en algún tiempo a la Corona de la Gran Bretaña le pareciere conveniente dar, vender, enajenar de cualquier modo la propiedad de la dicha Ciudad de Gibraltar, se ha convenido y concordado por este Tratado que se dará a la Corona de España la primera acción*

*antes que a otros para redimirla»*<sup>(1)</sup>. Mediante este aparentemente sencillo artículo X, España cede la soberanía de Gibraltar a Reino Unido.

El problema de Gibraltar no se plantea internacionalmente de manera seria, fuera del ámbito bilateral entre España y Reino Unido, hasta que no comienza a nacer en los años cincuenta una mentalidad descolonizadora en el conjunto de la Comunidad Internacional, fundamentalmente a través de la entonces recién nacida Organización de las Naciones Unidas.

### III. TRATAMIENTO DEL CONFLICTO EN LAS NACIONES UNIDAS

Es precisamente con la aparición de la ONU cuando se cambia la denominación de Gibraltar. Ésta pasa de ser «*Crown Colony*» o Colonia de la Corona, a denominarse «territorio no autónomo». En la práctica, esto no supuso un gran cambio en aquel momento, simplemente significa aplicar a Gibraltar el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas (N.N.UU.), concretamente al artículo 73. Dicho precepto impone obligaciones para los Estados administradores respecto de sus colonias, entre ellas el deber de presentar ante la Organización informes anuales de la situación en sus territorios coloniales<sup>(2)</sup>.

En 1960 se produce un trascendental cambio en la política descolonizadora de la ONU: la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1960, exige la desaparición absoluta del colonialismo a nivel mundial, por considerar su existencia contraria a la Carta<sup>(3)</sup>.

Aunque no se explicita en la Carta de las Naciones Unidas, se entendió en aquel momento que la existencia aún de territorios coloniales era contraria al sentimiento generalizado de la Comunidad Internacional y, por tanto, a la Carta de las Naciones Unidas.<sup>(4)</sup> Se concebía el colonialismo como un impedimento «del desarrollo de la cooperación económica internacional, [...] el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos dependientes y milita en contra del ideal de paz universal de las Naciones Unidas»<sup>(5)</sup>.

En 1963, la Asamblea General aprobó una lista revisada de sesenta y cuatro territorios no autónomos de cuya descolonización las Naciones Unidas debían ocuparse<sup>(6)</sup>.

---

(1) El texto auténtico del artículo X del Tratado de Utrecht está redactado en latín, por lo que se reproduce la traducción española generalmente aceptada, contenida en la página *web* del MAEC, disponible en: <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Gibraltar/Paginas/Historia.aspx>> consultado el 10 de febrero de 2014).

(2) NACIONES UNIDAS, *Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, artículo 73, disponible en: <<http://www.unwebsitesite.com/charter>> (consultado el 1 de febrero de 2014).

(3) A/RES/1514 (XV): Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14 de diciembre de 1960, párrafos 1º, 5º, 7º, 8º, 10º, y 13º del Preámbulo.

(4) CONFORTI, B. defiende que el movimiento anticolonialista: «became a communis opinio of the international community, confirmed by custom» (*The Law and Practice of the United Nations*, 2ª ed., Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 2000, p. 248).

(5) A/RES/1514 (XV), párrafo 8º del Preámbulo.

(6) PEZZANO, L., «Carta de las Naciones Unidas Comentada, concordada y con citas de jurisprudencia internacional», disponible en: <<https://docs.google.com/file/d/0B5-bX4FuexHAY08wa3FyanZvdE0/edit>> (consultado el 31 de mayo de 2014).

Actualmente existen diecisiete territorios no autónomos en el mundo, de acuerdo con la actual lista de las Naciones Unidas, de los cuales Gibraltar forma parte<sup>(7)</sup>.

La introducción de Gibraltar en la lista, fue vital para los propósitos españoles y, en general, para el futuro de la colonia. Las Resoluciones que adopte la Asamblea General sobre aquellos territorios incluidos en la lista, ya sean Resoluciones de carácter general o específicas para Gibraltar, afectan de manera decisiva a ese territorio. Concretamente, en el caso de Gibraltar, su inclusión en la lista le confiere la calificación de «*colonia*» y posteriores Resoluciones establecen, además, la manera en que debe ser descolonizada.

Se define por las NN.UU. en su Carta a los territorios no autónomos como aquellos que «*aún no han alcanzado la plenitud del gobierno propio*»<sup>(8)</sup>. Si tenemos en cuenta que Gibraltar es un «*British Overseas Territory*»<sup>(9)</sup> y que es el mismo Reino Unido el encargado de la defensa y las relaciones exteriores del Peñón<sup>(10)</sup>, su influencia sobre el territorio parece suficiente para la inclusión de Gibraltar en la lista de territorios no autónomos.

Para entender la actual situación del contencioso es necesario un estudio de las Resoluciones de las Naciones Unidas acerca de Gibraltar, así como un breve repaso previo de las Resoluciones de carácter más general que sientan las bases del proceso descolonizador.

A pesar de que Gibraltar había sido incluido en la lista de 1963 de territorios pendientes de descolonización, su introducción en el foro de discusión de las NN.UU. no corrió a cargo de España<sup>(11)</sup> ni de Reino Unido, sino de Camboya y Bulgaria, que le piden al Comité Especial de Descolonización o «Comité de los Veinticuatro»<sup>(12)</sup> que incorpore la situación de Gibraltar a su orden del día, dando lugar al comienzo de las discusiones el 11 de septiembre de 1963<sup>(13)</sup>.

---

(7) Los territorios no autónomos incluidos en la lista establecida por la Asamblea General en 2002 se pueden consultar en la página web oficial de las Naciones Unidas, concretamente en: <<http://www.un.org/es/events/nonselfgoverning/non-self-governing.shtml>> (consultado el 31 de mayo de 2014). A éstos debe añadirse la Polinesia Francesa, recién incluida por la A/RES/67/265, de 23 de agosto de 2013, disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/265>>.

(8) NACIONES UNIDAS, *Carta de las Naciones Unidas*, op. cit.

(9) La propia página web oficial del Gobierno británico reconoce en múltiples ocasiones a Gibraltar como uno de sus *overseas territories*. A propósito de esta calificación puede consultarse la lista de *overseas territories* en GOVERNMENT OF UNITED KINGDOM, *Supporting the Overseas Territories*, 14 de marzo de 2013, disponible en: <<https://www.gov.uk/government/policies/protecting-and-developing-the-overseas-territories>> (consultado el 13 de febrero de 2014).

(10) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p.120, dispone que lo mismo ocurre en relación con la incorporación de Gibraltar a la Unión Europea como «*territorio cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido*».

(11) Como algunos autores han destacado, España no quería someter el litigio a una discusión en la Asamblea General en vistas a la posible afectación de sus derechos sobre el Sáhara occidental, también incluido en la lista de territorios a descolonizar, y por la incertidumbre respecto del posible desenlace de dicho sometimiento. Así lo expresa REMIRO BROTONS, A., en «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *Gibraltar, 300 años*, (A. DEL VALLE GÁLVEZ, I. GONZÁLEZ GARCÍA, Eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, p. 46.

(12) Órgano específicamente creado por la Resolución 1654 (XVI), de 27 de noviembre de 1961 con motivo de la descolonización de los territorios de la lista.

(13) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 93.

La abrumadora doctrina previa de la Asamblea General consideraba casi inmediatamente a la población colonial como «pueblo» en el sentido de la Resolución 1514 y establecía, además, una conexión casi automática entre situación colonial de un territorio y derecho de su población a la libre determinación<sup>(14)</sup>. No fue así en el caso de Gibraltar. Para poder ejercer el derecho a la libre determinación tiene que haber un «pueblo»<sup>(15)</sup> que lo ostente, lo que no sucede en el caso de Gibraltar. La doctrina entiende que se refiere a «un pueblo con una historia y una cultura diferenciadas con arraigo en el territorio colonial concreto cuando se produjo el hecho colonial»<sup>(16)</sup>. En el debate sobre Gibraltar, la ONU asume las tesis españolas. El **Consenso del Comité de los Veinticuatro de 16 de octubre de 1964** sobre cómo debería descolonizarse Gibraltar establece la existencia de una disputa entre España y Reino Unido por la soberanía de Gibraltar. Concluye que ésta debe resolverse mediante «*conversaciones a fin de encontrar, conforme a los principios de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, una solución negociada, de acuerdo con las disposiciones de la Resolución 1.514 (XV) teniendo en cuenta debidamente las opiniones expresadas por los miembros del Comité, así como los intereses de los habitantes del territorio*»<sup>(17)</sup>. Este Consenso y la posterior **Resolución 2070 (XX) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1965**<sup>(18)</sup>, en la misma línea, fueron una inesperada palmada en la espalda a las tesis españolas:

- No se considera a Gibraltar como parte en el conflicto, ni a los gibraltareños como un pueblo en sí, y por tanto, no se les reconoce un derecho a la libre determinación, sino simplemente que sus intereses se tengan en cuenta, no sus opiniones o deseos<sup>(19)</sup>.
- La solución del conflicto gibraltareño pasa exclusivamente por las negociaciones bilaterales entre España y Reino Unido.
- Dichas negociaciones deberán hacerse de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y sobre todo de la Resolución 1514.

(14) ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., «¿Derecho a la autodeterminación de Gibraltar?», *Gibraltar: 300 años*, (A. DEL VALLE GÁLVEZ, I. GONZÁLEZ GARCÍA, Eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, pp. 87 y 88; ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., «Gibraltar and Decolonization Law», 2014, (en prensa), pp. 2-4.

(15) Las Naciones Unidas han fijado en la A/RES/41/128 de 1986 por la que se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, sexto considerando y artículo 1.1, una doctrina sobre lo que se entiende por «derecho a la libre determinación» de los pueblos: aquél «en virtud del cual tienen derecho a determinar libremente su condición política y a realizar su desarrollo económico, social y cultural»; se trata de un «derecho inalienable [del pueblo] a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales».

(16) Traducción literal de BROWNLIE, I., «International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations. General course on Public International Law», *R. des C.*, 1995, t. 225, p. 59; REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 117.

(17) Consenso del Comité de los Veinticuatro de 16 de octubre de 1964, disponible en: <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2/DelValle-Gibraltar-documentos-oficiales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2>>, p. 5 (consultado el 27 de febrero de 2014).

(18) A/RES/2.070 (XX), 16 de diciembre de 1965, disponible en: <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2/DelValle-Gibraltar-documentos-oficiales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2>>, p. 6 (consultado el 27 de febrero de 2014).

(19) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 95.

Por tanto, a modo de resumen, en el concreto caso de Gibraltar las NN.UU. optaron «por un enfoque distinto en el que la descolonización se desengancha de la libre determinación para conectarse con las negociaciones como modo de solución e incluso con el principio de integridad territorial»<sup>(20)</sup>.

En efecto, las negociaciones a las que se refería la ONU llegaron a iniciarse en 1966 con la denominada Propuesta Castiella. Ésta, partía de una premisa fundamental: «La cancelación del Tratado de Utrecht y la posterior devolución de Gibraltar a España»<sup>(21)</sup>. No obstante, la falta de acuerdo llevó a su fracaso<sup>(22)</sup>. Como respuesta a la negativa británica, España limita el paso por la verja construida al principio del istmo entre la Península y el Peñón<sup>(23)</sup>, a la vez que se restringió aún más al vuelo en la zona de Gibraltar, dificultando en gran medida el uso del aeródromo que Reino Unido había construido en ese istmo<sup>(24)</sup>.

En cuanto al proceso descolonizador de Gibraltar, la Resolución 1514 (XV) anteriormente mencionada, consta de siete párrafos. En todo este proceso ante las NN.UU., Reino Unido y Gibraltar siempre han tratado de que a la descolonización de Gibraltar se proceda conforme al segundo de ellos: el ejercicio del derecho a la libre determinación de los gibraltareños<sup>(25)</sup>.

No obstante, España ha defendido históricamente la descolonización de Gibraltar conforme al párrafo sexto, que condena «todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país»<sup>(26)</sup>, una solución

---

(20) ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., «Gibraltar and Decolonization Law», 2014 (en prensa); en la Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975 sobre el asunto *Sahara Occidental* ante la Corte Internacional de Justicia, ésta reconoció que en materia de descolonización, «en algunos casos, la Asamblea General ha dispensado del requerimiento de consultar a los habitantes de un determinado territorio. Dichos casos estaban basados en la consideración de que esa concreta población no constituía un “pueblo” sujeto del derecho a la autodeterminación».

(21) ANTÓN GUARDIOLA, C., *El contencioso hispano-británico sobre Gibraltar: un desafío para la Unión Europea*, Alicante, 2007, pp.177 y ss. disponible en: <file:///C:/Users/Rosa/Downloads/Ant%C3%B3n%20Guardiola,%20Carmen%20(1).pdf>.

(22) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 95.

(23) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La “Verja” de Gibraltar», *Gibraltar 300 años*, (A. DEL VALLE GÁLVEZ, I. GONZÁLEZ GARCÍA, Eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, p. 155. Conviene aclarar que España no reconoce jurídicamente a la Verja como una frontera, pues el istmo es considerado territorio español, aunque de facto se realicen allí labores de control equivalentes a las que se harían en un paso fronterizo. Por otra parte, Reino Unido sí le da una consideración de frontera internacional con España. Así lo expresa también DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La “Verja” de Gibraltar», op. cit., pp. 155-156.

(24) MARQUINA BARRIO, A., «La pista de aterrizaje de Gibraltar y la base militar», *Gibraltar, 300 años* (A. DEL VALLE GÁLVEZ, I. GONZÁLEZ GARCÍA, Eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, p. 180.

(25) REMIRO BROTONS, A. sintetiza muy bien el punto de vista inglés en «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», op. cit., p. 47: «allí donde hay un territorio no autónomo, hay un pueblo con derecho a la libre determinación».

(26) En la primera intervención de España en la Asamblea General de las Naciones Unidas para tratar el tema de Gibraltar, el 11 de septiembre de 1969, ya se puso claramente de relieve la posición de España al entender que Gibraltar es parte del territorio español y que, por tanto, existe una colonia dentro de éste. Dicha situación era entendida como una violación de «la unidad nacional y la integridad de un país, y era incompatible con los principios y propósitos de la Carta de la ONU» ABC de 11 de septiembre de 1969, p. 27.

encaminada a la retrocesión del territorio al Estado que ha sufrido la vulneración en su territorio, España.

Antes de 1967, la ONU no había entrado en la manera en que la descolonización de la colonia debía producirse, dejando a las partes que resolviesen ese asunto mediante sus negociaciones. En vista del fracaso de éstas y de que en 1967 trascendió la celebración el 10 de Septiembre de ese mismo año de un referéndum en Gibraltar para votar sobre la sujeción a la soberanía inglesa<sup>(27)</sup>, la Organización decidió dar un paso adelante y aprobó la **Resolución 2353 (XXII) de 19 de diciembre de 1967**<sup>(28)</sup>. En ella, las Naciones Unidas no se andan con rodeos y especifican que la descolonización de Gibraltar deberá hacerse conforme al párrafo sexto de la Resolución 1514. Además, niega valor alguno al referéndum en Gibraltar, al no tener su población el estatus de «pueblo». Como apunta C. ANTÓN GUARDIOLA, «no es un problema de autodeterminación de un pueblo, sino de restauración de la integridad de un territorio, el español, sobre el que se ha implantado una colonia extranjera»<sup>(29)</sup>. Finalmente, la ONU acepta completamente las tesis españolas e invita a las dos partes a negociar dentro del marco de la Resolución 1514 (XV), concretamente adelantando que el final de dicha negociación ha de ser conforme al párrafo sexto de la citada Resolución, es decir, una eventual retrocesión del territorio a España.

A finales del año siguiente, en 1968, la Asamblea General aprueba la última Resolución sustancial sobre Gibraltar, en la que simplemente se lamenta de que Reino Unido haya incumplido y siga incumpliendo la Resolución 2353 (XXII) al negarse a negociar con España. Recuerda la incompatibilidad del estatuto de Gibraltar con la política descolonizadora de la Organización, en especial la Resolución 1514 (XV), y pide a Reino Unido que ponga fin a la situación de Gibraltar antes del 1 de octubre de 1969<sup>(30)</sup>. Huelga decir que Reino Unido, lejos de cumplir, desafió a las Naciones Unidas otorgándole una Constitución a Gibraltar en 1969<sup>(31)</sup>.

Desde entonces, el conflicto de Gibraltar se ha estancado en el seno de la Comunidad Internacional. Poco más puede hacer la ONU, cuyas decisiones no puede ejecutar. Lo único que las NN.UU. se limitan a hacer es aprobar Decisiones cada año acerca de la ilegalidad de la situación de Gibraltar, alentando a las partes a que retomen sus negociaciones para poner fin a la misma. Este ritual ha permanecido prácticamente inalterable desde 1969.

---

(27) Referéndum en el que más del 90% de la población votó a favor de continuar bajo la soberanía de Reino Unido antes que pasar a la soberanía española. Dicho referéndum no fue otorgado ningún valor jurídico por la Comunidad Internacional.

(28) A/RES/2353 (XXII), de 19 de diciembre de 1965, disponible en: <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2/DelValle-Gibraltar-documentos-oficiales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2>> (consultado del 9 de marzo de 2014); ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., «Gibraltar and Decolonization Law», *op. cit.*, p. 5.

(29) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 97.

(30) A/RES/2429(XXIII) de 18 de diciembre de 1968.

(31) Prerogative Order in Council de 23 de mayo de 1969 Unnumbered, S.I. 1969, II p. 3602, de 23 de mayo de 1969, disponible en: <<http://www.gibraltarlaws.gov.gi/articles/1969-00R.pdf>> (consultado el 9 de marzo de 2014).

Muy interesantes son las Decisiones de la Asamblea General desde 2013<sup>(32)</sup>, en las que la Asamblea General: «insta a ambos gobiernos a que [*negocien*], escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar que sean legítimas conforme al derecho internacional [...]». La Asamblea General pone por tanto el énfasis en que cualesquiera que sean los deseos de la población gibraltareña con respecto a su futuro en cuanto territorio descolonizado, sólo serán tenidos en cuenta si no son contrarios a las normas de Derecho Internacional. En otras palabras, si se adecuan a las Resoluciones previas de NN.UU. y, especialmente, si no van encaminados hacia la reivindicación de la libre determinación.

#### IV. EVOLUCIÓN DE LAS CONVERSACIONES ENTRE ESPAÑA Y REINO UNIDO

Las Naciones Unidas ya sentado su doctrina descolonizadora respecto de Gibraltar, dejando la solución del conflicto a las negociaciones entre las partes. Conviene mencionar que ninguno de los acuerdos a los que han llegado España y Reino Unido hasta el momento tiene fuerza vinculante, son lo que se conoce como «*gentlemen's agreements*» o «*pactos entre caballeros*», que no conllevan un soporte real de responsabilidad, derechos ni obligaciones<sup>(33)</sup>.

Finalmente, el proceso negociador llegó el 1 de junio de 1980. España y Reino Unido firman la Declaración de Lisboa, por la que se comprometen a «resolver el problema de Gibraltar en espíritu de amistad y de acuerdo con las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas»<sup>(34)</sup>. No obstante, mientras que España recalca su intención de restablecer la identidad territorial del Estado recuperando Gibraltar, el Gobierno británico no renuncia a «su compromiso de respetar los deseos libre y democráticamente expresados de la población de Gibraltar, tal y como se hallan recogidos en el preámbulo de la Constitución de Gibraltar»<sup>(35)</sup>.

Como consecuencia del acuerdo, España acepta relajar sus restricciones sobre Gibraltar y también que Reino Unido someta la implementación de sus acuerdos con España al deseo democráticamente expresado de los gibraltareños. Como expone A. REMIRO BROTÓNS, parece más que lógico que, ahora que España había salido de una situación de dictadura que le cerraba las puertas de Europa, aspirase a entrar en la CEE y, por tanto, a hacer ciertas concesiones a Reino Unido a cambio del no ejercicio del derecho de veto a la candidatura de España que legítimamente le correspondía como miembro de la CEE<sup>(36)</sup>.

---

(32) A/68/523, disponible en: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/68/523&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/523&Lang=S)> (consultado el 3 de junio de 2014).

(33) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Los acuerdos del Foro de Diálogo sobre Gibraltar: la apuesta por la normalización», *ARI* Núm.107/2006, Real Instituto Elcano, 19 de octubre de 2006, p. 1.

(34) Declaración de Lisboa, 10 de abril de 1980, disponible en: <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2/DelValle-Gibraltar-documentos-oficiales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b258df8040f0674fb1eafdec8076bdb2>> p. 12 (consultado el 12 de marzo de 2014).

(35) MAEC *La cuestión de Gibraltar*, Madrid, 2008, pp. 125-126.

(36) REMIRO BROTÓNS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 52.

Un importante avance se produjo cuando España abrió la verja de Gibraltar al paso de personas el 15 de diciembre de 1982<sup>(37)</sup>.

En 1984 se pone en marcha del Proceso de Bruselas. De lo que se trataba era de poner en práctica lo que se había acordado en el Proceso de Lisboa, es decir, el proceso negociador, la igualdad y reciprocidad de derechos, la cooperación y la libertad de paso<sup>(38)</sup>.

El proceso propiamente ya es un éxito de por sí, pues por primera vez Reino Unido acepta siquiera sentarse con España a tratar el tema de la soberanía de Gibraltar.

Es interesante el Acuerdo sobre el aeropuerto de 1987, entre España y Reino Unido. Se acordó el uso conjunto del aeropuerto de Gibraltar, con la construcción de una nueva terminal en territorio español que daba acceso al aeropuerto, «sin perjuicio de las respectivas posiciones jurídicas de España y del Reino Unido acerca de la soberanía sobre el territorio en el que el aeropuerto se encuentra situado»<sup>(39)</sup>. No obstante, esta entrada en vigor nunca llegó a producirse debido a la negativa de Gibraltar a aceptar el acuerdo.

Es interesante mencionar, no obstante, la propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores Abel Matutes en 1997. Su apuesta era arriesgada, proponía una situación de cosoberanía sobre Gibraltar durante los siguientes 50 años, para que se produjera un paso gradual de la soberanía británica sobre el Peñón al posterior gobierno español respecto del mismo. De hecho, es una situación parecida a aquella que el ministro Morán ya le había ofrecido a Reino Unido en 1985, planteando una cosoberanía durante unos 20 ó 25 años, y que había sido rechazada<sup>(40)</sup>. España también ofrecía ciertas facilidades para el cambio, como por ejemplo: la conservación voluntaria de la nacionalidad británica para los ciudadanos de Gibraltar, la protección de la lengua inglesa y una amplia autonomía, dentro de los límites de la Constitución española, con un régimen fiscal y un aparato judicial propio<sup>(41)</sup>.

A pesar de las esperanzas que el Gobierno popular había puesto en esta propuesta, supuso un fracaso en su tratamiento por parte de Reino Unido, que no se pronunció oficialmente sobre el asunto, ni tan siquiera para rechazar la proposición.

Fue en 2002, debido quizá a la amistad entre Tony Blair y José María Aznar, cuando se llegó a un principio de entendimiento<sup>(42)</sup>. El Gobierno británico propone una «cosoberanía

(37) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La “Verja” de Gibraltar», *op. cit.*, p. 161.

(38) REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 59.

(39) Declaración conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores del Reino de España y del Reino Unido de 2 diciembre de 1987, artículo 7. Disponible en: <[http://elpais.com/diario/1987/12/04/espana/565570807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1987/12/04/espana/565570807_850215.html)> (consultado el 20 de marzo de 2014).

(40) DEL CAMPO, S., «*El futuro de Gibraltar*», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 66, de 7 de marzo de 1989, p. 328. Disponible en: <<http://www.racmyp.es/docs/anales/A66/A66-17.pdf>>; FRADE, C., «Londres ve inviable, por ahora, la propuesta española de soberanía conjunta sobre Gibraltar», *El Mundo*, 11 de diciembre de 1997, disponible en: <<http://www.elmundo.es/elmundo/1997/diciembre/11/nacional/soberaniagibraltar.html>>.

(41) REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 64.

(42) REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 67.

temporalmente ilimitada» en el territorio, con el Peñón como base militar bajo el control inglés pero utilizable por la OTAN. El Gobierno británico accede a negociar la soberanía con España, pero dejando claro que no están dispuestos a que Gibraltar retorne a ésta. Se trata de un acuerdo «permanente» de cosoberanía, en contraposición a la solución temporal que había ofrecido, por ejemplo, Matutes. La última de las exigencias británicas era que el borrador del acuerdo que se obtuviera dentro del Proceso de Bruselas fuese revisado en un foro tripartito que incluyese a Gibraltar, sometiendo de nuevo la aceptación del acuerdo a los deseos de los gibraltareños por referéndum, que tendrían «the final say»<sup>(43)</sup>.

Desde el punto de vista español, éste era un requisito inaceptable. España no podía evitar que Reino Unido, previamente a la celebración del acuerdo con España, condicionara la firma de este acuerdo a la aceptación del mismo por Gibraltar en el ámbito puramente interno del Estado británico. Pero lo que nuestro país no estaba dispuesto a aceptar es que, tras haber llegado a un acuerdo sobre la soberanía con Inglaterra, éste se sometiera al veto de una tercera parte que no tiene reconocimiento internacional alguno desde la perspectiva española<sup>(44)</sup>.

El fracaso de las negociaciones se debió a la confluencia de varios factores: la fuerte oposición del Parlamento inglés; la negativa absoluta de la población de Gibraltar a aceptar la cosoberanía; los esfuerzos internacionales de España puestos en el conflicto con Marruecos sobre la isla de Perejil; y, sobre todo, la pérdida de afinidad entre el Ministro de Exteriores británico y su nueva homóloga española. Todos estos factores dieron lugar a una congelación de las negociaciones entre los dos países en el verano de 2002<sup>(45)</sup>.

Como respuesta al Proceso de Bruselas, el 7 de noviembre de 2002 Gibraltar celebra un referéndum no autorizado ni reconocido por ninguna de las partes, que se saldó con un 98,97% de votos contrarios a la soberanía compartida<sup>(46)</sup>. El impacto social del resultado era difícilmente salvable por ninguna negociación futura en la línea de la cosoberanía.

Se quiebran las negociaciones sobre la soberanía de Gibraltar, y no es hasta 2004, con el nuevo Gobierno socialista en España, cuando se vuelven a retomar desde una nueva perspectiva mucho más integradora de la opinión de Gibraltar.

## V. FORO TRIPARTITO DE DIÁLOGO A PARTIR DE 2002

A la vista de las obvias dificultades para llegar a un consenso acerca de la soberanía, España y Reino Unido decidieron retomar las negociaciones de manera descentralizada para tratar de resolver los problemas prácticos más inminentes que tenían lugar sobre

---

(43) REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 69.

(44) REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 70; AZNAR, J.M. *El compromiso del poder*, Ed. Planeta, 2013. Disponible en: <<http://ep00.epimg.net/descargables/2013/11/02/55fc02b83be0276d295b566347cef46d.pdf>> (consultado el 22 de marzo de 2014), p. 3.

(45) REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 72.

(46) REMIRO BROTONS, A., «Regreso a Gibraltar. Acuerdos y desacuerdos hispano-británicos», *op. cit.*, p. 72.

todo en las relaciones entre Gibraltar y Campo de Gibraltar, las mayores afectadas por la situación.

Para ello se erigió por España y Reino Unido el Foro Tripartito de Diálogo en 2004. Era una instancia separada del Proceso de Bruselas, una estrategia nueva de negociación sobre temas de cooperación local<sup>(47)</sup>, pero en ningún caso de soberanía. Por primera vez España acepta sentarse con Gibraltar como tercer interlocutor, la fórmula «Dos banderas, tres voces». Si bien es cierto que es un retroceso en la posición que siempre ha mantenido España con respecto de Gibraltar, también es verdad que hay ciertas materias que, sin contar con la aceptación de Gibraltar, serían de muy difícil implementación aunque se llegase a un acuerdo.

Los acuerdos de Córdoba de 2006, negociados en el seno de este Foro, fueron un gran avance en las relaciones entre las tres partes. Se llegó a un consenso sobre el aeropuerto de Gibraltar, las pensiones de los trabajadores españoles en el Peñón, y acerca de las telecomunicaciones, entre otras<sup>(48)</sup>. A estos acuerdos se llegaba mediante consenso entre las tres partes.

El Foro terminó paralizándose en 2010, debido principalmente a las reivindicaciones sobre las aguas territoriales formuladas por los gibraltareños y frontalmente rechazadas por España<sup>(49)</sup>.

En suma, el Foro ha supuesto concesiones por parte de España, en tanto reconoce a Gibraltar como tercer interlocutor, pero ha permitido institucionalizar la necesaria cooperación transfronteriza con la colonia. Es cierto que los acuerdos a los que se ha llegado a través de este Foro no son todos ni todo lo profundos que habría sido deseable, pero al menos han servido para mejorar las condiciones de vida de los habitantes de Gibraltar y Campo de Gibraltar, que son los mayores afectados por el contencioso.

Paralelos al Foro tripartito, seguían existiendo teóricamente dos procesos más de negociación:

- El Proceso de Bruselas. Se trata de un foro en el que únicamente España y Reino Unido negocian sobre la soberanía. Tras su paralización en 2002, España trató de reactivarlo en 2006, pero no dio sus frutos dado que Gibraltar no reconoce ni el foro en sí mismo, ni por supuesto sus decisiones<sup>(50)</sup>.
- Una Comisión mixta entre Gibraltar y Campo de Gibraltar para resolver problemas del día a día. Como es lógico, estas dos regiones son las más afectadas por el contencioso gibraltareño. Han sido y son cada vez más sonados los graves

---

(47) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Gibraltar, de foro tripartito a cuatripartito: entre la cooperación transfronteriza y la soberanía», *op. cit.*, p. 3.

(48) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Los Acuerdos del Foro de Diálogo sobre Gibraltar: la apuesta por la normalización», *op. cit.*

(49) *Vid.* pp. 39 y 40.

(50) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Gibraltar, de foro tripartito a cuatripartito: entre la cooperación transfronteriza y la soberanía», *ARI* 21/2012, Real Instituto Elcano, 23 de marzo de 2012, p.2, disponible en: <[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/europa/ari21-2012](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/ari21-2012)> (consultado el 4 de mayo de 2014).

incidentes entre los pescadores de la Línea de la Concepción y las patrulleras de la Royal Navy en las aguas del Estrecho. Recordemos que España siempre ha reivindicado que en el artículo X del Tratado de Utrecht no se cedió ningún tipo de aguas territoriales, apoyándose en la teoría de la «costa seca»<sup>(51)</sup>, por lo que dichas aguas siempre han sido de soberanía española. No obstante, Gibraltar y Reino Unido se apoyan en la Convención del Mar, en el argumento de «la tierra domina al mar», entendiéndose que la cesión de territorio comprende también la cesión de los espacios marinos adyacentes, lo que se conoce como el mar territorial<sup>(52)</sup>. Esta Comisión se creó precisamente para que fueran ambas regiones las que trataran de solucionar los problemas de convivencia más inmediatos. Este tercer foro quedó «en suspenso por la gran coincidencia de temas con la segunda ronda de los asuntos del Foro Tripartito en las materias que nos competen»<sup>(53)</sup>.

En consecuencia, el panorama de 2010 es el de un Proceso de Bruselas congelado, un Foro Tripartito que se paralizó en 2010 y una Comisión mixta que en 2007 dejó de operar.

## VI. SITUACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES DESDE 2012

Desde 2012, con la llegada al Gobierno español del Partido Popular, el actual Ministro de Asuntos Exteriores, García-Margallo, propuso la supresión o reforma de la estructura de la negociación a tres bandas para centrarla en el Proceso de Bruselas. El Gobierno se niega a implicar a Gibraltar como una parte más en el proceso, junto a España y Reino Unido. No obstante, en aras a solucionar los problemas de convivencia más acuciantes, propuso la reestructuración del foro tripartito de manera que pasara a ser cuatripartito, integrando también Campo de Gibraltar<sup>(54)</sup>.

En esta línea, parece ser que las negociaciones podrían volver a ponerse en marcha próximamente. Se trataría de conversaciones cuatripartitas *ad hoc*, en las que participarían las tres partes del foro tripartito, a las que se añadirían la Junta de Andalucía y la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar, así como la Comisión Europea. Se aparcarían las negociaciones sobre la soberanía y se tratarían temas de cooperación transfronteriza, tal y como venían haciendo el foro tripartito y la comisión mixta. Cada parte introduciría los temas a tratar que más le preocupan: España cuestiones medioambientales en las aguas que rodean al Peñón y de contrabando de tabaco entre Gibraltar y España; Reino Unido y Gibraltar el tema de los controles fronterizos en la

---

(51) Para una mayor comprensión de esta teoría, consultar ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 45.

(52) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 45.

(53) *La comisión mixta aplicará los acuerdos tripartitos en Gibraltar y la comarca*, andaluciainformacion.es/campo de Gibraltar, 9 de marzo de 2011, disponible en: <http://andaluciainformacion.es/campo-de-gibraltar/168674/la-comisin-mixta-aplicar-los-acuerdos-tripartitos-en-gibraltar-y-la-comarca/> (consultado el 30 de abril de 2014).

(54) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Gibraltar, de foro tripartito a cuatripartito: entre la cooperación transfronteriza y la soberanía», op. cit., p. 2.

Verja por parte de funcionarios españoles. Habrá que esperar para ver los resultados de este nuevo impulso negociador, aunque de momento parece que han puesto fin a la inactividad existente desde 2012.

## VII. GIBRALTAR COMO «BRITISH OVERSEAS TERRITORY»

Siguiendo las previsiones del «Libro Blanco sobre los catorce Territorios de Ultramar británicos» el Reino Unido lejos de poner fin a la situación colonial gibraltareña antes del 1 de octubre de 1969, como había exigido NN.UU., le otorga a la colonia su primera Constitución. Se trata de una Constitución colonial en la que Reino Unido se reserva ciertos poderes trascendentales. La gran novedad que introduce es que en adelante cualquier acuerdo sobre el gobierno de Gibraltar entre España y Reino Unido queda sometido a la aprobación democrática del pueblo gibraltareño. Sin introducir a Gibraltar como parte negociadora en igualdad de condiciones, se está otorgando en la práctica el poder último de decisión a la colonia, pues si Gibraltar no consiente en el acuerdo, éste no se implementará por Reino Unido.

La Constitución de Gibraltar de 2006<sup>(55)</sup>, ratifica la soberanía inglesa sobre la colonia. Se le otorga al Peñón la máxima autonomía compatible con la situación colonial, pero hace condicionada a «los tratados existentes», es decir, al Tratado de Utrecht y a la negociación con España. De hecho, Reino Unido es muy prudente al introducir por vez primera en la Constitución de Gibraltar el principio de autodeterminación: «la realización de este derecho debe ser promovido y respetado de conformidad con las previsiones de la Carta de las NN.UU. y cualquier otro tratado internacional aplicable»<sup>(56)</sup>.

Estos cambios no modifican la posición de la ONU respecto de la naturaleza colonial de este territorio y su eventual necesidad de descolonización, ni tienen ninguna validez a la luz del Derecho Internacional de la descolonización en el caso de Gibraltar. Las NN.UU. tienen autoridad exclusiva en la Sociedad Internacional para supervisar la evolución del territorio no autónomo de Gibraltar y sólo ellas, y no el Estado que es potencia administradora del territorio colonial, son competentes para determinar cuándo finaliza su descolonización.

Parece que Reino Unido trata con estas Constituciones de otorgarle a Gibraltar un mayor grado de autogobierno, que tal vez pueda inducir a las Naciones Unidas a sacar eventualmente a Gibraltar de la lista de territorios pendientes de descolonización<sup>(57)</sup>. Las Naciones Unidas han dejado claro que el Peñón constituye una colonia en territorio español, contraria a la Carta de las NN.UU., y que la única manera de que éste se descolonice es mediante su retrocesión a España. Esto parece inaceptable tanto para la colonia como para la potencia administradora, por lo que optan por lo que se conoce como la «cuarta vía», distinta de las tres que se contemplan en la Resolución 1541

---

(55) Constitución de Gibraltar de 14 de diciembre de 2006. Versión en inglés disponible en: <[http://www.gibraltarlaws.gov.gi/constitution/Gibraltar\\_Constitution\\_Order\\_2006.pdf](http://www.gibraltarlaws.gov.gi/constitution/Gibraltar_Constitution_Order_2006.pdf)>.

(56) Traducción literal del comienzo del Capítulo I de la Constitución de Gibraltar de 2006, *op. cit.*

(57) ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Gibraltar and Decolonization Law», *op. cit.*, pp. 11-12.

(XV): independencia, libre asociación o integración con otro Estado. En vista de que la doctrina de las NN.UU. no permite que, aplicando alguna de estas tres vías, el territorio gibraltareño no termine en manos españolas, la cuarta vía que proponen Reino Unido y Gibraltar es simplemente que Gibraltar salga del control de la ONU: el deslistado. De este modo, pretenden que, sin que se produzcan cambios en su situación actual, Gibraltar continúe con el estatus que tiene hoy en día de territorio «ya descolonizado mediante su voluntaria “alianza” con Reino Unido», y deja de ser considerado territorio colonial en el seno de la ONU. Las NN.UU. dejarían de preocuparse por su situación, porque ya no se la consideraría una colonia.

### VIII. GIBRALTAR EN LA UNIÓN EUROPEA

Por último, es necesario recordar que Gibraltar no sólo constituye la última reminiscencia del colonialismo en Europa, sino que es también el único territorio colonial dentro de la Unión Europea.

La incorporación de Gibraltar a las Comunidades Europeas se hizo posible gracias al artículo 299 TCE<sup>(58)</sup>, que permitía la incorporación «*de los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro*». Esto significa que Gibraltar forma parte de la Unión Europea, no como parte del territorio de Reino Unido, sino como un territorio cuyas relaciones exteriores son asumidas por éste<sup>(59)</sup>.

En el artículo 28 del Acta de Adhesión de Reino Unido se configura un régimen especial para Gibraltar: no le aplica la normativa comunitaria en materia de Política Agraria Común (PAC) y tampoco forma parte de la Unión Aduanera<sup>(60)</sup>. Por tanto, no se encuentra Gibraltar incluido en el territorio de libre circulación de mercancías<sup>(61)</sup>, lo que explica los controles en la Verja.

Queda también excluida la colonia del Arancel Aduanero Común de los países europeos en relación con las mercancías procedentes de terceros países, lo que a su vez implica que Gibraltar no esté incluido en la Política Comercial Común. Todo esto equivale a la consideración de Gibraltar como un tercer Estado a efectos imposición de impuestos a la importación y exportación de mercancías con el territorio del Peñón.

---

(58) Hoy en día correspondería al artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2009, disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70006>> (consultado el 22 de mayo de 2014).

(59) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 120.

(60) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 122

(61) No es de aplicación a Gibraltar, por tanto, ningún tipo de normativa comunitaria sobre la libre circulación de mercancías. Hace unos años, la Comisión trató de incluir a Gibraltar dentro del ámbito de aplicación de varias Directivas que tenían como razón de ser principal la armonización de las legislaciones nacionales que afectaban a la libre circulación de mercancías, pero que a su vez contenían disposiciones en materia medioambiental. El asunto llegó al TJCE, que resolvió en el Asunto C-30/01 de 23 de septiembre de 2003 que, estando Gibraltar excluido de la normativa sobre libre circulación de mercancías, cualquier norma que tuviese como *objetivo principal* el suprimir los obstáculos a los intercambios de mercancías entre los Estados Miembros no serán de aplicación a Gibraltar. Sobre este asunto puede verse la obra de ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., pp. 152-155.

En cuanto a la aplicación a Gibraltar del Derecho fiscal comunitario, se puso en duda en su momento. Gibraltar no es parte de la libre circulación de mercancías y la política fiscal comunitaria va encaminada, precisamente, a que los Estados Miembros no puedan deshacer los logros conseguidos por esta libertad de circulación de mercancías mediante el gravamen de bienes importados de otros Estados Miembros con impuestos indirectos estatales. Esta norma la establece el artículo 110 TFUE, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha interpretado que tiene por objeto asegurar la libre circulación de mercancías entre los productos originarios de los Estados Miembros y los originarios de terceros países que se encuentren en libre práctica en los mismos.<sup>(62)</sup> Por tanto, teniendo en cuenta que el TJCE calificó en el asunto C-30/01 de 23 de septiembre de 2003 a los productos de Gibraltar como «*ni originados en un Estado Miembro ni productos en libre práctica en un Estado Miembro*», se llega a la conclusión de que las normas fiscales de armonización sobre impuestos indirectos no son de aplicación a Gibraltar. Por tanto, puede gravar los productos que entran en el Peñón, y viceversa. Cuestión controvertida, como veremos, es el régimen societario gibraltareño.

Aparte de estas peculiaridades, Gibraltar está integrado y excluido de todos aquellos aspectos de la política comunitaria en los que esté integrado o excluido el Reino Unido, por ejemplo, no forma parte de la Eurozona o el Acuerdo Schengen.

La particular situación de Gibraltar hace que sea necesario elaborar una distinción entre soberanía territorial y soberanía personal<sup>(63)</sup>. A efectos de disfrutar de los derechos y las libertades de la Unión, se considera a todos los inscritos en el Registro Civil de Gibraltar, sus hijos y los naturalizados gibraltareños como ciudadanos británicos y, por tanto, europeos<sup>(64)</sup>.

La Unión Europea nunca ha entrado a valorar el tema de la soberanía sobre el territorio de Gibraltar. Tampoco tendría competencia para ello aunque quisiera, pues la delimitación de los territorios nacionales es una competencia soberana de los Estados miembros<sup>(65)</sup>. No obstante, el remedio que encuentra la Unión es una soberanía personal del Reino Unido sobre la población de Gibraltar, que será británica, independientemente de la validez o invalidez del título de soberanía que tenga Reino Unido sobre el territorio de la colonia.

La integración de España en 1986 en las Comunidades Europeas no significó un cambio en el estatuto de Gibraltar. Con la adhesión de España, la Unión reconoce la existencia de un contencioso entre ésta y Reino Unido por la soberanía del Peñón, para salvaguardar la posición de España y que fueran las propias partes quienes resolvieran su controversia<sup>(66)</sup>.

De hecho, cada vez que se toma una decisión comunitaria que pueda afectar a Gibraltar o a la postura española en el contencioso, España suele emitir una Declaración que salva-

(62) Vid. STJCE, de 7 de mayo de 1987, *Cooperativa Co-Frutta SRL c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, asunto 193/85, *Rec.* 1987, p. 2085, párs. 24-29.

(63) Esta tesis ya la había planteado, aunque con otros propósitos, HERRERO DE MIÑÓN, M. en «Gibraltar, ¿soberanía compartida o dividida?», *Gibraltar, 300 años* (A. DEL VALLE GÁLVEZ, I. GONZÁLEZ GARCÍA, Eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, p. 119.

(64) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 134-135.

(65) C. ANTÓN GUARDIOLA, *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, *op. cit.*, 2011, p. 192.

(66) Vid. STJCE, de 29 de junio de 1993, *Government of Gibraltar c. Consejo de las Comunidades Europeas*, asunto C-298/89, *Rec.* 1993, p. I-3605.

garde sus derechos sobre el territorio de la colonia, fundamentalmente para que el resto de Estados Miembros no tomen la soberanía británica sobre Gibraltar como algo dado<sup>(67)</sup>.

También resulta necesario destacar que como acabamos de ver, Gibraltar se encuentra integrada dentro de la Unión Europea y, por tanto, está sometida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Han sido varios los casos que han llevado a la colonia ante el Tribunal, entre los cuales destacan:

- La Sentencia del TJCE de 29 de junio de 1993, que reconoce implícitamente la existencia de un conflicto de soberanía sobre el territorio del istmo entre España y Reino Unido: «*dada la controversia [...] que enfrenta al Reino de España y al Reino Unido respecto de la soberanía sobre el territorio en el que está situado el aeropuerto de Gibraltar...*»<sup>(68)</sup>, y que posteriormente se refiere a la necesidad de que sean las propias partes quienes pongan fin a la controversia, pues es no es competencia comunitaria.
- El sistema fiscal de Gibraltar también ha sido polémico. La Comisión Europea entendió que el régimen impositivo gibraltareño constituía una ayuda de Estado a ciertas empresas contraria al Derecho de la Competencia comunitario, calificación que fue anulada por el Tribunal General<sup>(69)</sup>. La Comisión presentó un recurso de casación ante el TJUE, quien termina condenando a Reino Unido por infringir las normas del Derecho de la Competencia.<sup>(70)</sup>
- La **Comisión Europea** concedió en 2006 a Reino Unido una Licencia de Impacto Comunitario (LIC) en las «*aguas meridionales de Gibraltar*». Dos años más tarde, la Comisión concedió a España otra LIC que se superpone en buena parte con la concedida a Reino Unido. La controversia acerca del solapamiento llegó hasta el Tribunal General en 2010 de la mano de Reino Unido, que pedía una revisión y reducción de la extensión de la LIC española. No obstante, el recurso no fue admitido. De nuevo la Unión Europea, sin entrar a valorar la soberanía de las aguas que rodean al Peñón, ha ayudado a las tesis españolas en su lucha, para frustración de los británicos y gibraltareños.

De hecho, este tema se encuentra de actualidad debido a que el Gobierno gibraltareño decidió en el verano de 2013 lanzar noventa bloques de hormigón en una zona protegida por la LIC de España, lo que aún no ha sido llevado ante el TJUE por España<sup>(71)</sup>.

---

(67) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., p. 193

(68) STJCE de 29 de junio de 1993, *Government of Gibraltar c. Consejo de las Comunidades Europeas*, op. cit., párrafo 22. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96734&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=30885>> (consultado el 18 de mayo de 2014).

(69) STG de 30 de abril de 2002, *Gobierno de Gibraltar c. Comisión*, asuntos acumulados T-195/01 y T- 207/01. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=T-195/01&t-d=ALL>> (consultado el 3 de junio de 2014).

(70) STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Comisión y España c. Gobierno de Gibraltar y Reino Unido*, asuntos acumulados C-106/09P y C-107/09P. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-106/09P&td=ALL>> (consultado el 3 de junio de 2014).

(71) DEL VALLE, A., *La crisis de Gibraltar y las medidas, opciones y estrategias de España*, Real Instituto Elcano, 19 de agosto de 2013.

- Un asunto crucial también que se planteó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fue el asunto *Matthews*. En un primer momento, el Acta de 20 de septiembre de 1976, que regula la celebración de elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, excluía de su ámbito de aplicación a Gibraltar. El asunto *Matthews* fue el caso de una mujer residente en Gibraltar a la que, en virtud de este Acta, no se le permitía votar en las elecciones al Parlamento Europeo. El asunto terminó ante el TEDH, bajo la alegación de la demandante de que esta denegación constituía una discriminación contraria al artículo 3 del Protocolo núm. 1 del Convención Europea de Derechos Humanos<sup>(72)</sup>. El TEDH consideró que esta exclusión era discriminatoria para con la sociedad gibraltareña, por lo que se instó a Reino Unido a llevar a cabo las medidas necesarias para garantizar el derecho de la población gibraltareña a votar en las elecciones al Parlamento Europeo. En las votaciones desde 2004 los gibraltareños ya han podido ejercer su derecho al voto, gracias a que Reino Unido los consideró parte de la región sudoccidental de Inglaterra a efectos electorales<sup>(73)</sup>. A pesar de los intentos de España de mantener la exclusión de Gibraltar en las votaciones al Parlamento Europeo<sup>(74)</sup>.
- Por último, es importante hacer mención al caso *Tireless*, un submarino nuclear de la armada británica que se averió cerca de Sicilia. Fue trasladado a Gibraltar, cuyo puerto no cuenta con las medidas de seguridad necesarias para la reparación de embarcaciones nucleares. La llegada del *Tireless* suscitó mucha preocupación en la población de Campo de Gibraltar acerca de su posible impacto para la salud y el medioambiente. Se plantea el asunto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2006, concluye que el uso de la energía nuclear con fines militares queda fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado EURATOM y del Derecho Derivado europeo<sup>(75)</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

La existencia de una realidad colonial en el territorio de Gibraltar ha sido reconocida por las NN.UU. a través de informes del Comité de los Veinticuatro, organismo especializado en el proceso descolonizador.

---

(72) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, Protocolo adicional, art.3 sobre el Derecho a las elecciones libres: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.» Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)> (consultado el 30 de mayo de 2014).

(73) Comité Especial Encargado de Examinar la Situación con Respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, Gibraltar, Documento preparado por la Secretaría, A/AC.109/2014/12, 4 de marzo de 2014, disponible en: <<file:///C:/Users/Rosa/Downloads/Doc%20Secretar%C3%ADa%20marzo%202014.pdf>> (consultado el 4 de junio de 2014); ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., pp. 406 y ss.

(74) STJCE, DO, núm. C 106, de 30 de abril de 2004, *España c. Reino Unido*, Asunto C-145/04.

(75) ANTÓN GUARDIOLA, C., *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit., pp. 126 y ss.

Se ha puesto además de relieve que el estatus de colonia que caracteriza a Gibraltar es inseparable del contencioso existente entre España y Reino Unido por la soberanía sobre el territorio del Peñón. De la existencia de esta disputa se han hecho eco las Naciones Unidas, al igual que la propia Unión Europea.

Asimismo, se ha intentado dejar constancia de varios aspectos clave referidos a la situación colonial de Gibraltar: en el caso de la colonia gibraltareña, la ONU no considera que su población constituya un «pueblo» con derecho al ejercicio de la libre determinación. Esto cierra la puerta a posibles desenlaces del proceso descolonizador de Gibraltar, como sería la independencia o la libre asociación de la colonia con otro Estado, manifestadas por la voluntad democrática y libremente expresada de la población del Peñón. Tampoco hay que olvidar que Reino Unido sigue reconociendo su compromiso con España adquirido en virtud del artículo X del Tratado de Utrecht, mediante el cual España tiene un derecho preferente ante cualquier cambio que se produzca en la soberanía sobre Gibraltar, y parece más que probable que España rechazase tanto la independencia como la libre asociación de Gibraltar con otro Estado y reclamase la soberanía sobre el territorio.

Hemos visto además que las Naciones Unidas en un primer momento remiten a la negociación entre España y Reino Unido para que procedan de mutuo acuerdo a la descolonización de la colonia. En vista de la ineficacia de esta solución, la Organización se decanta mediante la Resolución 2353 (XXII) por un resultado concreto, estableciendo no sólo que el procedimiento a seguir para descolonizar el Peñón es el de la negociación entre España y el Gobierno británico, sino que el caso colonial de Gibraltar constituye además un quebrantamiento de la unidad nacional y la integridad territorial de un país, contrario al párrafo sexto de la Resolución 1514 (XV). Al estar Gibraltar integrado territorialmente en la Península Ibérica y tener su única «frontera» con nuestro país, territorio del cual era parte previamente a 1713, las Naciones Unidas se están refiriendo sin lugar a dudas a que la existencia de la colonia de Gibraltar quebranta la unidad nacional y territorial de España, situación contraria a Derecho Internacional que deberá ser reparada lo antes posible. En la opinión de muchos reputados autores, y en la mía propia, esto quiere decir indudablemente que las negociaciones a las que se llegue por parte de España y Reino Unido deberán tener como resultado la retrocesión de Gibraltar a nuestro país, cuyo territorio ha sido ilegítimamente quebrantado y convertido en colonia.

Desgraciadamente, todos los foros de negociación y cooperación se encuentran actualmente estancados, aunque parece que un posible deshielo de las negociaciones es inminente en forma de conversaciones cuatripartitas *ad hoc*.

Es importante resaltar además que las políticas españolas con respecto a Gibraltar han tenido como resultado, por un lado, grandes beneficios jurídicos, pues las NN.UU. han adoptado las tesis españolas a la hora de descolonizar el Peñón, pero también un fuerte sentimiento anti-españolista por parte de la población gibraltareña, una situación no muy conveniente a la hora de la reincorporación del territorio a nuestro país.

Por todo lo expuesto, sería conveniente que ambos Estados continuasen con las negociaciones. Durante estos más de tres siglos, España no ha cejado en su empeño de recuperar Gibraltar, y es claro que la Comunidad Internacional apoya la postura de nuestro país mediante sus Resoluciones y Decisiones. Tal vez sea hora de que Reino

## **GIBRALTAR, UN ENCLAVE COLONIAL EN EUROPA**

---

Unido acepte esta realidad y trate de negociar de la manera más beneficiosa para sus intereses, pero siempre teniendo en mente que Gibraltar debe volver a ser español.

La posibilidad real de que esto ocurra es incierta, ya que hemos visto que las Resoluciones de NN.UU. son vinculantes pero la Organización carece del poder de implementarlas. Deberán ser los Estados mismos quienes las acaten voluntariamente. Desde 1968 lleva congelado el asunto de Gibraltar en el seno de las Naciones Unidas y prácticamente fuera de él, sin que Reino Unido haya hecho ningún caso del apremio de la ONU para que ponga fin a la situación colonial de Gibraltar.

Por el momento sólo se puede hablar de hipótesis en el futuro del Peñón. Tal vez sea necesario un cambio significativo en las circunstancias, o una coincidencia como la que casi lleva a Tony Blair y José María Aznar a terminar con el contencioso de manera amistosa en 2002, para que Gibraltar deje de ser la última colonia en Europa.



# LOS APÁTRIDAS COMO GRUPO VULNERABLE<sup>(\*)</sup>

Borja Manuel HERÍAS FERNÁNDEZ

*Universidad de Oviedo*

## RESUMEN

### Los apátridas como grupo vulnerable

Los apátridas son uno de los colectivos más vulnerables que existen. Tal vulnerabilidad se debe a la carencia de nacionalidad, puesto que la nacionalidad ha sido definida como «el derecho a tener derechos». Carecer de nacionalidad hace que muchos de sus derechos humanos les sean violados de manera sistemática y vivan en una situación de exclusión social y marginalidad. Sin embargo, existe una clara tendencia en derecho internacional hacia el reconocimiento de los derechos de los individuos en sus relaciones con los Estados. Esta situación genera una controversia, caracterizada por la tensión entre la soberanía estatal y la normativa de los derechos humanos, respecto a si existe o no un derecho humano a la nacionalidad ejercitable frente a los estados.

**Palabras clave:** Apatridia, grupo vulnerable, nacionalidad, soberanía, derechos humanos.

## ABSTRACT

### A vulnerable group: Stateless persons

Stateless persons are one of the most vulnerable groups in the world. Such vulnerability is due to lack of nationality, since nationality has been defined as «the right to have rights». Not having a nationality renders possible the systematic violation of many of their human rights. It also condemns stateless persons to live in a situation of social exclusion and marginalization. However, there is a clear trend in international law towards recognizing the rights of individuals in their relations with states. This situation creates a controversy, characterized by a dichotomy between state sovereignty and human rights law, as to whether there is a human right to nationality that can be enforceable against states or not.

**Keywords:** Statelessness, vulnerable group, nationality, sovereignty, human rights.

---

## SUMARIO

- I. APATRIDIA. NOCIÓN E HISTORIA.
  1. **Noción de apatridia.**
    - 1.1. Concepto jurídico de apatridia.
    - 1.2. Causas de la apatridia.
  2. **Visión histórica de la apátrida.**
    - 2.1. Evolución histórica.
    - 2.2. Situación actual.

---

(\*) Trabajo Fin de Máster «Los apátridas como grupo vulnerable» Máster Universidad de Oviedo.

### II. LOS APÁTRIDAS COMO GRUPO VULNERABLE.

1. Carencia de nacionalidad y vulnerabilidad.
2. La nacionalidad como el derecho a tener derechos.

### III. CONCLUSIONES.

### IV. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. APATRIDIA. NOCIÓN E HISTORIA

### 1. Noción de apatridia

#### 1.1. Concepto jurídico de apatridia

Cuando se estudia sobre la apatridia se constata que, en muchos aspectos, su existencia misma y sus circunstancias son una paradoja.

En los manuales de Derecho Internacional Público el epígrafe consagrado a la apatridia suele ser más bien breve y la cantidad de literatura académica al respecto, si bien en los últimos años ha conocido una relativa eclosión, no es en absoluto comparable a la de otras materias del derecho internacional (sin hablar de la escasez de monografías sobre la apatridia en el derecho español), por lo que da la impresión de que se trata de un asunto de una importancia menor. Al mismo tiempo, el hecho de que haya dos convenciones internacionales dedicadas a la apatridia y varios instrumentos regionales que se ocupan de ella parece hacer pensar que se trata de un asunto bien definido, delimitado, regulado y solucionado.

Y sin embargo, la apatridia no es ni un asunto menor ni un asunto solucionado que únicamente tenga interés desde un ámbito meramente teórico.

Puede que la reticencia o la incomodidad para tratar con la apatridia derive del hecho de que es una anomalía<sup>(1)</sup>, tanto desde el punto de vista del derecho internacional, ya que el hecho de que una persona carezca de nacionalidad (ya no digamos poblaciones enteras) es difícilmente reconciliable con la idea de la universalidad de los derechos humanos y con el reconocimiento de un derecho a la nacionalidad en el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como desde el derecho interno de los estados, ya que la apatridia quiebra el principio clásico de sujeción de los ciudadanos a la soberanía estatal al provocar la situación de que haya personas que, en principio, no están sujetas al *imperium* de ningún poder estatal<sup>(2)</sup>.

---

(1) Por ejemplo véase PODESTÁ COSTA, L.A., *Derecho internacional público*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1979, p. 403 y ARENDT H., *The Origins of Totalitarianism*. Harcourt, San Diego– Nueva York – Londres, 1968, p. 278, para la idea de que el apátrida es «unimportant in himself, apparently just a legal freak».

(2) Aunque están sujetas a la competencia territorial del Estado en el que se hallan, estas personas, por ejemplo, no pueden ser expulsadas a otro Estado ya que ningún Estado tiene obligación de recibirlos, al no ser nacionales de ningún Estado.

Su existencia misma se debe a su naturaleza dual, en la que toman parte tanto el derecho internacional como el derecho interno de cada Estado. Porque, en efecto, la apatridia como elemento (negativo) del derecho a la nacionalidad, surge en la situación claudicante en la que ningún ordenamiento jurídico interno otorga la nacionalidad a una persona y, al mismo tiempo, el derecho humano a la nacionalidad recogido en textos internacionales tampoco tiene operatividad para serle impuesto coactivamente al Estado. Esta situación claudicante entre los ordenamientos internacional e interno da lugar a este elemento anómalo que es la apatridia. Un elemento anómalo que, sin embargo, todavía no ha podido ser desterrado.

Tan problemática es la apatridia que, como señala WEIS<sup>(3)</sup>, la posición legal de los apátridas ha sido comparada a la de *res nullius*. Esto hace ver la gravedad de la situación, y muestra que el hecho de que se les pueda designar con el término de «fantasmas legales» (*legal ghost*) por parte de algún autor<sup>(4)</sup> no sea ninguna exageración.

Por este tipo de razones<sup>(5)</sup>, la apatridia ha sido una de las grandes preocupaciones del derecho internacional. Más aún, la lucha contra la apatridia fue una de las primeras tareas de las Naciones Unidas. La comunidad internacional es perfectamente consciente de la problemática que supone la existencia de personas sin nacionalidad en un mundo de Estados modernos en los cuales poseer una nacionalidad es el requisito indispensable para gozar de los derechos humanos más básicos, desde el derecho a la educación al derecho de voto pasando por el derecho a contraer matrimonio. Sin embargo, precisamente ahí se halla el gran problema que impide la erradicación de la apatridia: el choque entre la soberanía de los Estados a la hora de conceder la nacionalidad, libres en principio para otorgar dicha nacionalidad según su normativa interna (y celosos de conservar esta prerrogativa) y los buenos deseos en el orden internacional para que toda persona tenga una nacionalidad<sup>(6)</sup>.

Y esto sucede pese a que el hecho de que haya seres humanos que carecen de nacionalidad es una amenaza tanto a los valores más elevados que inspiran al derecho internacional como a la seguridad y a la soberanía misma de los estados que conforman la Comunidad Internacional<sup>(7)</sup>.

Además, para realzar la relevancia, la actualidad y la gravedad del problema de la apatridia, es necesario señalar que esta situación excepcional genera millones de dramas humanos, puesto que ser un apátrida es, en muchos casos, el conducto ideal para que los derechos humanos de esa persona sean violados<sup>(8)</sup>.

---

(3) WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*. Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, p. 162.

(4) VAN WAAS, L., *Statelessness matters. Statelessness under International Law*. Intersentia, Antwerp, 2008, p. 457.

(5) Además del hecho de que puede ser un elemento de conflicto entre los diferentes Estados.

(6) Como señalaba ARENDT, H., *The origins of totalitarianism*, op. cit., p. 279, «no paradox of contemporary politics is filled with a more poignant irony than the discrepancy between the efforts of well-meaning idealists who stubbornly insist on regarding as «inalienable» those human rights, which are enjoyed only by citizens of the most prosperous and civilized countries, and the situation of the rightless themselves».

(7) WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, op. cit., p. 162.

(8) Precisamente uno de los artículos de referencia sobre la apatridia se refiere precisamente a esta situación, véase WALKER, D.J., «Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights?», *Human Rights Quarterly*, vol. 3, núm. 1, 1981, pp. 106-123.

En lo referente al concepto de la apatridia, *a priori* definir el fenómeno de la apatridia parece algo bastante sencillo: al fin y al cabo hay una definición legal de apátrida en un instrumento convencional internacional, concretamente en el artículo 1.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, en el que se señala que: «*A los efectos de la presente Convención, el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.*».

Esto es, la apatridia (también llamada apolidia<sup>(9)</sup>) consiste en la carencia de nacionalidad por parte de una persona. O más bien, debido a que no parece que la nacionalidad sea un derecho subjetivo absoluto para parte de la doctrina y para la normativa y que ésta es otorgada por los Estados de acuerdo a sus ordenamientos jurídicos internos<sup>(10)</sup>, la apatridia consistiría en el hecho de que ningún Estado reconozca a una persona como nacional suyo.

Antes de analizar cuál es la problemática de esta definición, hay que mencionar dos subtipos de apátridas: los apátridas *de iure* y los apátridas *de facto*.

Los apátridas *de iure* «son personas que no son nacionales de ningún Estado, ya sea porque no se les otorgó ninguna nacionalidad al nacer o posteriormente, o porque a lo largo de su vida perdieron su nacionalidad y no adquirieron una nueva».

Los apátridas *de facto* «son personas que, habiendo salido del país del que eran nacionales, ya no disfrutaban de la protección y asistencia de sus autoridades nacionales, ya sea porque estas autoridades rehúsan darles asistencia y protección o porque ellos mismos renuncian a la asistencia y protección de los países de los que eran nacionales»<sup>(11)</sup>.

El principal problema que tiene la definición de apátrida de la Convención de 1954 es que es una definición restringida, que excluye a los llamados apátridas *de facto* y que, en realidad, son los Estados quienes deciden quién es apátrida o no. Esto es, *a priori* bastaría con que un Estado *cualquiera* dijera que una persona es nacional suya para que automáticamente no fuera considerada un apátrida. Esto, además de ser abusivo, (porque no hay que olvidar que una regla fundamental acerca de la nacionalidad es la de la existencia de una vinculación entre la persona y el Estado cuya nacionalidad ostenta) pasa completamente por alto las preferencias o las opiniones de la persona concernida, puesto que un Estado puede decir que un individuo es nacional suyo aun sin que éste quiera serlo.

No sólo esta definición ignora los deseos o preferencias de un individuo (y no está de más recordar, que en el artículo 15.2 de la Declaración Universal se recoge también el derecho «a cambiar de nacionalidad») sino que pasa por alto una gran gama de situaciones fácticas en las cuales una persona ostenta una nacionalidad pero no puede

---

(9) Véase PODESTÁ COSTA, L.A., *Derecho internacional público, op. cit.*, p. 402, aunque el término apolidia parece haber quedado en desuso, ya que los términos apatridia y apátrida son los que aparecen, prácticamente en manera exclusiva, tanto en la doctrina como en la normativa al tratar la materia.

(10) La posición clásica la estableció el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en su dictamen de 7 de febrero de 1923 relativo a los *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y en Marruecos*, C.P.J.I., Serie B, núm. 4, p. 24: «*La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé.*».

(11) Véase *A Study of Statelessness*. E/1112; E/1112/Add.1, Lake Success, New York, 1949, p. 7.

hacer efectiva dicha nacionalidad ni los derechos que ésta comporta. Según parte de la doctrina<sup>(12)</sup>, la razón de esta omisión es que los redactores de la Convención pensaron que todos los apátridas *de facto* eran refugiados y que, por tanto, se les aplicaba la Convención de 1951 sobre los Refugiados, similar a la Convención de 1954 pero con términos más favorables en algunos supuestos. Si bien la apatridia es un fenómeno que surge a principios del siglo XX y la regulación del asilo y del refugio se puede remontar a la Antigüedad clásica, lo cierto es que ambas materias tienen muchos puntos en común y por tanto es de la mayor importancia delimitar conceptualmente ambas nociones para saber cuándo nos encontramos ante un apátrida y cuándo ante un refugiado (o mejor aún, qué régimen jurídico se le ha de aplicar a dicha persona, puesto que puede darse el caso de que el apátrida sea, al mismo tiempo, refugiado).

Teniendo en cuenta la definición de refugiado de la Convención de 1951<sup>(13)</sup>, y caracterizándolo de manera muy sintética, la diferencia sustancial entre el apátrida y el refugiado es que éste último es víctima de una persecución en el país del que es nacional o en el que tiene su residencia, mientras que el apátrida simplemente carece de nacionalidad y no sufre persecución por parte de nadie. Si bien esto último es susceptible de discusión, el concepto de refugiado y de apátrida son conceptos paralelos<sup>(14)</sup> y complementarios más que excluyentes. En todo caso, la definición legal de refugiado (tanto a nivel internacional como en la legislación española) incluye a todos aquellos apátridas que son víctimas de persecución por las razones recogidas en la Convención de 1951 (incluyendo, evidentemente, la persecución por el hecho de ser apátrida).

Sin embargo, la operación conjunta de las definiciones, tanto de derecho internacional como de derecho interno, de apátrida y de refugiado deja fuera de su ámbito de protección a una gran cantidad de personas apátridas *de facto* que, hallándose en su país de residencia (en muchos casos ancestral), son incapaces de obtener una tutela efectiva de su derecho a la nacionalidad por parte de las autoridades de dicho país y, al mismo tiempo, no caben dentro de la definición de refugiados puesto que no han cruzado ninguna frontera internacional en busca de refugio y tampoco son víctimas de una persecución *stricto sensu* por parte de dichas autoridades estatales.

## 1.2. Causas de la apatridia

Para que una persona sea un apátrida es necesario, como ya se ha dicho, que no tenga la nacionalidad de ningún Estado. Esto puede deberse a una gran variedad de circunstancias

---

(12) Véase WEISSBRODT, D., COLLINS, C., «The Human Rights of Stateless Persons», *Human Rights Quarterly*, vol. 28, núm. 1, 2006, p. 252.

(13) Según la Convención de 1951, enmendada por el Protocolo de 1967, es refugiado «toda persona que, debido a un miedo fundado de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o de opinión política en particular, se encuentra fuera de su país de nacimiento y es incapaz, o, debido a tal miedo, no está dispuesto a servirse de la protección de aquel país; o quien, por no tener nacionalidad y estar fuera del país de su antigua residencia habitual como resultado de tales eventos, es incapaz, debido a tal miedo, de estar dispuesto a volver a éste» (artículo 1.A).

(14) Véase ROBINSON, N., *Convention relating to the status of stateless persons. Its History and Interpretation. A commentary*. Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1954, p. 5.

y causas. Sin embargo, antes de enumerar éstas, es conveniente atender al *momento temporal* en el que la persona deviene apátrida, a si esto ocurre en el momento de nacimiento o con posterioridad a lo largo de su vida, porque dependiendo de si la persona carece de nacionalidad desde su nacimiento o de si, por el contrario, se ha visto privado por parte del Estado de la nacionalidad que tenía sin haber obtenido otra, el tratamiento jurídico puede variar y las obligaciones de los Estados ser diferentes de acuerdo con la normativa internacional.

Siguiendo la nomenclatura de WEIS<sup>(15)</sup>, llamaremos al primer tipo de apatridia, «apatridia *originaria*» y al segundo, «apatridia *sobrevenida*».

En cuanto a las causas de la apatridia podríamos enumerar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- Conflictos de leyes sobre nacionalidad.
- Privación de la nacionalidad como castigo (desnacionalización)
- Persecución racial, religiosa o política.
- Emigraciones masivas debido a cambios en el sistema político o social.
- Sucesión de Estados.
- Conflictos de leyes sobre matrimonio y registro de los nacimientos.
- Renuncia a la nacionalidad.
- Abandono de menores o no inscripción de su nacimiento.
- Tráfico de personas<sup>(16)</sup>.

Hay que mencionar que esta no es una lista cerrada y que en muchos casos no hay una sola causa que acabe haciendo que una persona sea apátrida, sino que son procesos complejos y multicausales los que dan lugar a tal situación.

A primera vista, podemos distinguir entre causas puramente jurídicas como los conflictos de leyes o la privación de la nacionalidad como castigo y causas de carácter fáctico o político como la persecución por motivos étnicos o raciales, el tráfico de personas o la imposibilidad de registrar un nacimiento por motivos económicos.

Esta distinción tiene su importancia porque en el desarrollo histórico de la lucha contra la apatridia a través de instrumentos jurídicos interestatales ha primado el enfoque más técnico, esforzándose por eliminar las situaciones claudicantes que daban lugar a la apatridia y centrándose en las soluciones técnicas jurídicas como las más ideales para controlar y, eventualmente, eliminar el fenómeno. Ciertamente los avances en este sentido han sido muy importantes, tanto a la hora de marcar una tendencia a nivel convencional como para inspirar la legislación interna de países que no han firmado dichos Convenios (como ha sido el caso con España) pero, sin embargo, en las últimas décadas parecen

---

(15) WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 162.

(16) Véase *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, pp. 113 y ss.; REFUGEES INTERNATIONAL, *Nationality rights for all*, 2009, p. 2 y REFUGEES INTERNATIONAL, *Lives on hold. The Human Cost of Statelessness*, 2005, p. 6.

ser las causas fácticas de la apatridia las que juegan una mayor relevancia, sobre todo en los países menos desarrollados.

Tradicionalmente tanto la normativa a nivel internacional como la doctrina han prestado un mayor interés (por razones por otra parte más que evidentes) a la evitación de la apatridia debido al **conflicto de las legislaciones nacionales en materia de nacionalidad**<sup>(17)</sup>.

A este respecto hay que señalar que el conflicto de leyes en materia de nacionalidad puede ser tanto positivo como negativo. El conflicto positivo sucede cuando las legislaciones de los dos (o más) Estados con los que el individuo puede vincularse le otorgan cada una su nacionalidad, esto es, nos encontramos ante un supuesto de *doble* (o múltiple) *nacionalidad*. Por el contrario, el conflicto negativo de leyes ocurre cuando ninguno de los ordenamientos jurídicos que pueden vincularse con el individuo, le considera nacional suyo, esto es, se produce una situación de *apatridia*.

Así como ambos supuestos no han sido históricamente vistos con buenos ojos por los Estados<sup>(18)</sup>, lo cierto es que ha habido una tendencia por la cual la doble nacionalidad es cada vez más aceptada, tanto por la práctica de los Estados como por la doctrina, mientras que la apatridia sigue siendo vista como un problema que ha de ser eliminado.

En el conflicto de leyes negativo sobre nacionalidad la clave reside en la aplicación por parte de las legislaciones nacionales relacionadas con la persona en cuestión de los principios que utilizan para otorgar la nacionalidad. Dichos principios son dos y ambos están reconocidos por el derecho internacional como igualmente legítimos: la atribución de la nacionalidad de los padres a sus hijos (*ius sanguinis*) y la atribución de la nacionalidad del país en el que nace una persona a dicha persona (*ius soli*).

Como señala WEIS<sup>(19)</sup>, la solución técnica de la apatridia *originaria* generada por la aplicación claudicante de dichos principios es bastante sencilla: bastaría con aplicar el *ius soli* con carácter subsidiario a todos los niños que nacieran en un territorio y que no tuvieran la nacionalidad de uno de sus padres. Sin embargo, aunque esta idea se halla recogida en la Convención de 1961<sup>(20)</sup> y en la legislación interna de muchos países<sup>(21)</sup>, todavía dista de ser una regla aplicada de manera universal.

Por tanto, en lo referente a la apatridia *originaria* por conflicto de leyes, una persona puede convertirse en apátrida al nacer debido a que nace en un país que otorga la nacionalidad conforme al criterio de *ius sanguinis* de unos padres procedentes de un país cuya nacionalidad se otorga mediante *ius soli* y por tanto ninguna de las dos legislaciones lo reconoce como nacional suyo.

---

(17) Utilizamos el término «conflicto de legislaciones, conflicto de leyes» siguiendo una nomenclatura tradicional. Para una visión crítica de esta terminología, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J., *Derecho español de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 114-115.

(18) Muy resumidamente se puede decir que, en lo referente a la doble nacionalidad, muchos Estados no la reconocen o no la reconocieron al considerar que un ciudadano sólo puede deber lealtad (*allegiance*) y estar bajo el *imperium* de un solo soberano estatal.

(19) WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 163.

(20) Convención para reducir los casos de apatridia, hecha en Nueva York el 30 de agosto de 1961.

(21) Sin ir más lejos, España ha adoptado esta solución en su ordenamiento interno.

De idéntica manera, el hijo de padres apátridas que nazca en un país de *ius sanguinis* será, al igual que sus padres, apátrida. Con este ejemplo se puede observar que el peligro del principio de *ius sanguinis* es que ayuda a perpetuar la situación de apatridia a través de las generaciones. También podría ser apátrida una persona cuya filiación se desconoce si nace en un país que aplica el principio de *ius sanguinis* de manera estricta. Con la adopción de diferentes Convenios internacionales la situación ha evolucionado enormemente respecto a la apatridia *originaria* que, al menos en teoría, no debería producirse.

Ha habido una gran evolución a lo largo de todo el siglo XX para luchar contra las causas que provocaban la apatridia, puesto que este fenómeno se vincula generalmente a colectivos vulnerables o desprotegidos desde el punto de vista jurídico y social. Así pues, por poner un ejemplo, prácticamente desde el inicio de los esfuerzos de la comunidad internacional en la lucha contra la apatridia se encuentra la idea de terminar con las leyes matrimoniales discriminatorias para la mujer en materia de nacionalidad que resultan en apatridia para la mujer casada.

Hay diversas maneras en las cuales una mujer puede devenir apátrida tras su matrimonio. En ciertos países, sobre todo del área islámica pero también en el pasado en países como Alemania o España, entre otros, la ley priva a una mujer de su nacionalidad si se casa con un extranjero, independientemente de si ha adquirido o no una nueva nacionalidad (la de su marido) a causa del matrimonio<sup>(22)</sup>. La apatridia también podría sobrevenirle si se casa con una persona apátrida.

Asimismo, la disolución del matrimonio, ya sea por viudedad o por divorcio, puede tener efectos sobre la nacionalidad de la mujer casada y convertirla en apátrida. Aunque lo habitual es que la mujer casada retenga la nacionalidad que adquirió al casarse, puede darse el caso de que si su ley nacional original le obligó a renunciar a dicha nacionalidad en el momento de contraer matrimonio y además, por disolución del vínculo matrimonial, la ley del Estado de su segunda nacionalidad hace que pierda la nacionalidad (de su marido) que adquirió al casarse, devenga apátrida<sup>(23)</sup>.

También, históricamente, ha sido causa de apatridia la legitimación de un niño ilegítimo que había recibido la nacionalidad de su madre, ya que ley nacional de la madre y del niño, si este era reconocido como legítimo, entendía que el niño pasaba a tener la nacionalidad del padre (incluso también la madre)<sup>(24)</sup>, no obstante, podía ocurrir que la ley nacional del padre no confiriera al niño la nacionalidad del padre de manera automática tras habersele reconocido como hijo legítimo.

Asimismo, la adopción podía ser un elemento que generaba apatridia respecto del niño adoptado. Para ver una muestra del avance del derecho internacional (y del interno)

---

(22) Véase, por ejemplo, *A Study of Statelessness, op. cit.*, p. 119.

(23) Por no mencionar los casos en que el matrimonio sea nulo o ficticio para el ordenamiento del marido y la legislación del Estado de la esposa haya previsto la pérdida automática de su nacionalidad al casarse con un extranjero o, caso que se dio en nuestro país hasta la Ley 51/1982, de 13 de julio, cuando una española se divorciaba de un extranjero y perdía la nacionalidad de su marido pero no recuperaba la española puesto que el ordenamiento jurídico español no reconocía la institución jurídica del divorcio.

(24) Por ejemplo, la ley austriaca de 10 de julio de 1945, mencionada en *A Study of Statelessness, op. cit.*, p. 120.

en estas cuestiones, en la fecha no tan lejana de 1949, cuando Naciones Unidas lleva a cabo su «Estudio sobre la apatridia» se señala al respecto que «*en general, la adopción no confiere la nacionalidad del padre adoptivo a la persona adoptada*»<sup>(25)</sup>. Por lo tanto, un adoptando que al ser adoptado por un extranjero perdía su nacionalidad de origen merced a su ley nacional, podía fácilmente convertirse en apátrida.

Felizmente, la evolución en estas cuestiones, tanto de lucha contra la discriminación de género como de evitación de la apatridia *originaria* en los niños ha sido uno de los éxitos más importantes de dicha labor, tanto de Naciones Unidas como de la comunidad internacional en su conjunto y, aunque quede aún trabajo por hacer en ese campo, el esfuerzo para solucionar los conflictos de leyes en estas cuestiones ha dado importantes frutos.

Una causa clásica de apatridia que dio lugar a un renacimiento de los estudios sobre la apatridia y de una labor normativa al respecto a inicios de los años noventa es la **sucesión de Estados**.

El hecho de la desintegración y desaparición de los Imperios Centrales tras la Primera Guerra Mundial creó la primera gran oleada de apátridas de la historia, posteriormente la disolución de la Unión Soviética y de países como Checoslovaquia o Yugoslavia a principios de los años noventa volvió a generar grandes bolsas de personas que, de un día para el otro, se habían quedado sin nacionalidad, volviendo a poner el tema de la apatridia en la agenda internacional. Por todo ello, es evidente que el fenómeno de la desaparición de un Estado y su sustitución por otro en la soberanía sobre un determinado territorio tiene la capacidad de generar potencialmente apátridas de manera masiva.

Usualmente esto suele suceder tras un conflicto armado<sup>(26)</sup> y generalmente cuando el o los Estados sucesores optan por un modelo de concesión de la ciudadanía por motivos étnicos o raciales, optando por el criterio de *ius sanguinis*, dejando aparte de la población que residía en el territorio sin la nacionalidad del nuevo Estado y, en caso de disolución del Estado predecesor (o de que ningún otro Estado sucesor le otorgue su nacionalidad a ese grupo humano que vive fuera de sus nuevas fronteras), haciendo que devenga apátrida.

Una situación novedosa y similar a la sucesión de Estados, aunque con diferencias con ella es el desplazamiento de comunidades enteras (incluso Estados enteros) debido a cambios medioambientales y climáticos<sup>(27)</sup>, que podrían afectar, antes del fin de este siglo, a unos 600 millones de personas únicamente por el aumento del nivel del mar, que podría generar, incluso, la desaparición física del Estado<sup>(28)</sup>.

Otra causa (o mecanismo) de apatridia *de iure* es la pérdida de la nacionalidad por parte de la persona en cuestión.

---

(25) *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, p. 121. Incluso más recientemente, en 1981, WALKER, D.J., «Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights?», *op. cit.*, p. 112, señalaba que «*although some states confer the nationality of the adopting parent(s) upon an adopted child this is by no means a universal practice*».

(26) Aunque no necesariamente, véase BLITZ, B.; LYNCH, M., *Statelessness and the Benefits of Citizenship. A comparative study*. Oxford Brookes University, Oxford, 2009, p. 9.

(27) Por ejemplo las Estados insulares del Pacífico y del Índico, como por ejemplo Kiribati o Maldivas.

(28) BLITZ, B.; LYNCH, M., *Statelessness and the Benefits of Citizenship. A comparative study*, *op. cit.*, p. 9.

Esta pérdida de la nacionalidad puede ser voluntaria o no. Cuando es el individuo quien decide desprenderse de la nacionalidad que previamente poseía, se trata de una *renuncia* a la nacionalidad y si, por el contrario, es el Estado quien le retira la nacionalidad, estamos ante una *privación* de la nacionalidad o *desnacionalización*.

Una persona puede convertirse en apátrida de manera voluntaria (aunque quizás imprevista) al renunciar a su nacionalidad sin adquirir otra posteriormente o teniendo en vista adquirir otra en el momento de hacer tal renuncia<sup>(29)</sup>.

Por otra parte, un Estado puede convertir a un nacional suyo en apátrida privándole de la nacionalidad, generalmente como castigo. Si bien esta práctica ha sido utilizada por los Estados desde mucho antes del siglo XX, de manera individualizada y puntual, fue a principios de dicho siglo cuando se generaron grandes problemas por su uso masivo por determinados Estados<sup>(30)</sup>.

Según la doctrina<sup>(31)</sup>, se pueden encontrar cinco tipos de causas, en general, por las cuales un Estado en la práctica ha privado de nacionalidad a ciudadanos suyos:

- Entrar al servicio de un gobierno extranjero, en particular, servir en sus fuerzas armadas.
- Salir del país sin autorización previa por parte de las autoridades nacionales, especialmente con el ánimo de evadir sus obligaciones militares.
- Actividades o actitudes desleales con el Estado.
- Siendo extranjero de origen, haber cometido fraude en el procedimiento de naturalización para adquirir la nacionalidad del Estado.
- Pena impuesta por la comisión de determinados delitos.
- Pena debido a una persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.

De todos estos motivos, actualmente el derecho internacional únicamente admite de manera no controvertida como legítimo para la privación de la nacionalidad a una persona (y que así devenga apátrida) el haber cometido fraude o engaño en la obtención de la nacionalidad cuando se trata de un nacional naturalizado.

El resto de motivos puede ser en mayor o menor medida modulado tanto por la práctica de los Estados como por las disposiciones normativas de derecho internacional, a excepción de la privación de la nacionalidad por motivos de orden político, racial, étnico o religioso que se halla en directa contradicción con los principios de *ius cogens* del derecho internacional violando, entre otros, el principio de *no discriminación* y, por tanto, no puede ser reconocido como válido en ningún caso<sup>(32)</sup>.

---

(29) Véase *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, p. 121 y WEISSBRODT, D.; COLLINS, C., «The Human Rights of Stateless Persons», *op. cit.*, p. 259.

(30) Véase *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, p. 4.

(31) *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, p. 123; WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, pp. 118-119.

(32) Véase GOLDSTON, J., «Holes in the Rights Framework: Racial Discrimination, Citizenship and the Rights of Noncitizens», *Ethics & International Affairs*, vol. 20. Núm. 3, 2006, p. 332.

Las otras causas *de facto* que generan apatridia ya mencionadas, como el no registro de los nacimientos, el tráfico de seres humanos, las emigraciones masivas o el abandono de niños tienen en común la situación de discriminación y vulnerabilidad que rodea el fenómeno de la apatridia. Debido a ello, para su eficaz solución las medidas a tomar son fundamentalmente de índole política (aunque instrumentos jurídicos eficaces pueden contribuir notablemente a disminuir su impacto negativo).

## 2. Visión histórica de la apatridia

### 2.1. Evolución histórica

El fenómeno de la apatridia surge con el Estado-nación, a través de la posibilidad de que un Estado pudiera desnacionalizar a un nacional suyo. Sin embargo, estas desnacionalizaciones eran generalmente individuales y puntuales y no suponían un problema para el derecho y la comunidad internacionales.

Sin embargo, a principios del siglo XX, en pleno auge de las migraciones masivas a nivel internacional y sobre todo, a causa de las convulsiones políticas que siguieron al derrumbamiento de los imperios centrales, que se caracterizaban por su composición multiétnica (sobre todo el Imperio Austrohúngaro, el Imperio Otomano y la Rusia zarista) hizo su aparición en escena el fenómeno de la apatridia en masa, por el cual miles (o millones) de nacionales de un determinado Estado repentinamente pasaban a carecer de nacionalidad, poniendo en grave riesgo un sistema internacional en el cual los Estados, caracterizados por féreos componentes etnonacionales que distinguían entre la comunidad nacional que se asimilaba a la nación y el resto de comunidades, compuestas por extraños, eran reacios a los movimientos migratorios y más aún a la recepción de ingentes cantidades de personas extranjeras que habían sido expulsadas de sus países de origen<sup>(33)</sup>.

Es una indicación más del carácter paradójico (y anómalo) de la apatridia el hecho que señala un autor<sup>(34)</sup>, «*las prohibiciones contra la salida estaban asociadas a la creación de condiciones internas que producían un deseo de salir*». Esto es, si bien por una parte, en la Europa de entreguerras los Estados veían con malos ojos que parte de su población emigrara fuera del país, privando al Estado de mano de obra productiva o militar necesaria o para evitar que hicieran propaganda hostil al régimen político en el poder desde el extranjero, por otra parte la misma existencia de regímenes totalitarios como la Unión Soviética, la Italia fascista o la Alemania nazi, junto con el deterioro de las condiciones económicas tras la crisis de 1929 hacían que muchos individuos estuvieran dispuestos a emigrar huyendo de la represión política o de la pobreza.

El primer grupo humano<sup>(35)</sup> que fue expulsado o huyó de manera masiva de su territorio de residencia fueron los refugiados rusos que huyeron tras la revolución bolchevique de

---

(33) TORPEY, J., *The invention of the passport. Surveillance, Citizenship and the State*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 122-123.

(34) TORPEY, J., *The invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, op. cit., p. 124.

(35) Para una exposición en detalle de lo que se menciona en este epígrafe, que es una síntesis de lo ahí expuesto, véase TORPEY, J., *The invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, op. cit., pp. 124-131.

1917. Debido a la guerra civil en dicho país y a las hambrunas de 1919-1922 huyeron de Rusia alrededor de 1.750.000 personas. Los emigrados rusos o «rusos blancos» fueron quienes realmente dieron inicio al fenómeno de los refugiados de forma masiva. Cuando el 15 de diciembre de 1922 un decreto desnacionaliza a la gran mayoría de los refugiados rusos hace su aparición en la historia, por primera vez<sup>(36)</sup>, la apatridia a gran escala.

En ese momento se hace evidente uno de los efectos negativos de la apatridia que es el hecho de que, de manera concomitante a la pérdida de la nacionalidad, pierden su validez los documentos de viaje que el individuo lleva consigo. Es decir, su pasaporte ya no sirve y se encuentra, por decirlo de alguna forma, varado en el país en el que se encontraba cuando el decreto entra en vigor, sin poder salir de tal país y estando tan perplejas como él las autoridades de dicho Estado al respecto a qué hacer con dicha persona.

Para solucionar este problema humanitario se creó un documento de identificación y de viaje para los refugiados rusos conocido como «Pasaporte Nansen», llamado así en honor del Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones para los Refugiados, el noruego Frijdtof Nansen.

De igual manera, otro grupo humano, el de los armenios que, tras la desaparición del Imperio Otomano y del genocidio sufrido a manos de los turcos en 1915, se encontraban diseminados por todo el antiguo imperio desde el Cáucaso al Egeo dentro de nuevas naciones, como Siria o Líbano, que no los reconocían como nacionales suyos, sufriendo los mismos efectos prácticos de carecer de nacionalidad que los desnacionalizados rusos, como la invalidez de sus documentos de viaje. Por ello, el sistema de los pasaportes Nansen se amplió a los refugiados armenios en 1924 que querían emigrar de los países donde se hallaban.

El periodo de entreguerras, con sus convulsiones políticas y el ascenso de regímenes totalitarios que perseguían a parte de su población, ya fuera por motivos étnicos o políticos, se convirtió tristemente en uno de los momentos en los que la apatridia tuvo un mayor auge.

A los ejemplos de refugiados rusos y armenios, podemos añadir, en este recuento de los grupos considerados como refugiados en el periodo de entreguerras a refugiados de origen étnico asirio, a los que se otorgó pasaportes Nansen en 1933, a los refugiados italianos<sup>(37)</sup> que huían del régimen fascista, a los refugiados alemanes que huían del régimen nazi y, por supuesto, los refugiados españoles que huyeron tras la Guerra Civil cuyo número, en 1939, se estimaba en unas 400.000 personas.

Estos tres grupos de personas mencionados en último lugar no eran apátridas *de iure* (a excepción de aquellos afectados por la ley alemana de ciudadanía del Reich de

---

(36) Es necesario matizar esta aseveración porque tras los tratados en los que se dividió el Imperio Austro-húngaro (Tratado de Saint Germain en Laye con Austria, Tratado de Trianon con Hungría), no se consiguió evitar la creación de casos de apatridia. Véase al respecto, *A Study of Statelessness, op. cit.*, p. 125. Sin embargo estos apátridas no crearon un problema *internacional* grave como el de los refugiados rusos puesto que no migraron en masa de los territorios en los que se hallaban, a diferencia de éstos.

(37) Que se concentraban principalmente en Francia y no podían regresar a Italia y cuya estimación en 1938 era de 180.000 personas. *A Study of Statelessness, op. cit.*, p. 6.

1935 también conocida como Segunda Ley de Núremberg, que «permitía la desnacionalización y desciudadanización de los judíos»<sup>(38)</sup> ya que no habían sido privados, en ese momento, de su respectiva nacionalidad. Sin embargo, eran apátridas *de facto*, dado que no podían regresar sin temor a ser perseguidos a sus países de origen y no podían acogerse, en caso alguno, a la protección y/o asistencia de sus autoridades estatales.

No podemos dejar de señalar la importancia capital que tuvo el hecho de privar de la condición de nacional a toda una serie de colectivos ni desvincularlo del papel que posteriormente tendría en la perpetración de los horrores de la Segunda Guerra Mundial «en una época en la que la ciudadanía nacional se había convertido en el sine qua non para el acceso a los derechos»<sup>(39)</sup>.

Precisamente fueron las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial las que hicieron ver cómo los apátridas eran precisamente uno de los colectivos más vulnerables puesto que no había Estado alguno que pudiera interceder por ellos<sup>(40)</sup>. Este hecho, sumado a que había ingentes cantidades de personas en Europa que carecían de nacionalidad tras la contienda bélica y a la emergencia de una conciencia a nivel internacional de la «urgencia para crear algún tipo de mecanismo que protegiera los derechos individuales»<sup>(41)</sup>, determinó la implicación de Naciones Unidas en la protección de los derechos de los refugiados y de los apátridas.

A partir de entonces, el proceso descolonizador que tuvo lugar en las décadas de los años cincuenta, sesenta y setenta contribuyeron a generar nuevos casos de apatridia, tanto *de iure* como *de facto*, al generarse situaciones de sucesión de Estados a causa de la independencia de las colonias respecto de sus respectivas metrópolis en las cuales la materia de la nacionalidad de las personas que residían en esos territorios no estuvo siempre clara<sup>(42)</sup>. Asimismo, la propia delimitación de los nuevos Estados, con fronteras heredadas de la dominación colonial, supuso que muchos de ellos estuvieran compuestos por diferentes etnias generando problemas para la acomodación de ciertas minorías a

---

(38) ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. p. 116.

Véase ARENDT, H., *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, Nueva York, 1964. p. 39, donde la autora señala «que las leyes de Núremberg habían privado a los judíos de sus derechos políticos pero no de sus derechos civiles, ya no eran ciudadanos (*Reichsbürger*) pero seguían siendo miembros del Estado alemán (*Staatsangehörige*). Incluso si emigraban, no devenían automáticamente en apátridas».

(39) TORPEY, J., *The invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, op. cit., p. 131.

(40) A modo de ejemplo, ARENDT, H., *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, op. cit., p. 167, donde se señala que: «**As in practically all other countries, the deportations from Holland started with stateless Jews**».

(41) WALKER D.J., «Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights?», op. cit., p. 117.

(42) Por poner sólo un ejemplo entre tantos, podemos mencionar a los Biharís, una minoría musulmana de lengua urdú que habitaba en la región de Bihar en la India británica. Con el advenimiento de la independencia de la India y Pakistán, se encontraron formando parte de Pakistán Oriental. Cuando estalló la guerra civil en 1971 entre Pakistán Occidental y Pakistán Oriental, los Biharís se alinearon con Pakistán Occidental. En 1971, Pakistán Oriental se convirtió en Bangladesh, un país de mayoría musulmana de lengua bengalí y los biharís quedaron «varados» en Bangladesh, contra quien habían luchado, puesto que Pakistán rehusó aceptarles. Sin que ninguno de los dos países les diera nacionalidad, estuvieron viviendo en su territorio como apátridas durante 33 años. Véase al respecto, REFUGEES INTERNATIONAL, *Lives on hold*, op. cit., p. 33.

las que, en algunos casos, se les negó la nacionalidad del nuevo Estado convirtiendo a comunidades enteras en apátridas<sup>(43)</sup>.

### 2.2. Situación actual

En los últimos veinte años la situación de la apatridia, pese a los esfuerzos internacionales plasmados en instrumentos jurídicos tanto internacionales como internos, no ha mejorado de manera decisiva en la práctica.

Como cualquier cambio político que genere nuevos Estados es susceptible de crear apátridas, ya sean éstos *de iure* o *de facto*. La consecuencia de los complejos procesos políticos que llevaron a la disolución del bloque soviético, de Checoslovaquia o de Yugoslavia fue la de, entre otros dramas humanos, la generación de apátridas, tanto de forma individualizada como masiva.

No sólo en Europa se dio este fenómeno sino que prácticamente en cualquier conflicto armado que supuso la creación de un nuevo Estado se generaron bolsas de apátridas, como por ejemplo tras la guerra entre Etiopía y Eritrea en 1993, que desembocó en la independencia de esta última, o la situación de determinados grupos étnicos en el este de República Democrática del Congo.

Sin embargo, los sucesos acaecidos en la década de los noventa tanto en Europa como en África provocaron una respuesta normativa, al menos a nivel regional, para reducir los efectos indeseados de la apatridia.

Hay que tener en cuenta que, actualmente, las causas culpables de generar el mayor número de personas apátridas son aquellas que generan apatridia *de facto*. Se trata de causas como la no inscripción del nacimiento de un niño, leyes discriminatorias hacia la mujer, trabas administrativas para la inscripción de los matrimonios o del nacimiento de un niño o el tráfico de personas, entre otras.

Por lo tanto, hoy en día, la lucha contra la apatridia tiene como uno de sus objetivos fundamentales la lucha contra las causas de la apatridia *de facto*<sup>(44)</sup>.

A pesar de que no hay estadísticas fiables al respecto, se estima que hay unos doce millones de apátridas en el mundo en la actualidad<sup>(45)</sup> que se hallan repartidos por los cinco continentes. La mayor parte de los apátridas pertenecen a minorías étnicas, culturales o religiosas. Se puede mencionar el caso de unos tres millones y medio de personas que no tienen documentos de identidad en Costa de Marfil, los saharauis refugiados en Argelia, apátridas en muchos casos desde 1979, los descendientes de haitianos que residen en la República Dominicana, la minoría de religión musulmana de los Rohingya en Birmania, los Bidoon (que significa, literalmente en árabe, «sin nacionalidad») residentes en Oriente Medio, los descendientes de refugiados palestinos,

---

(43) Como pueden ser los Banyaruanda en Zaire (actual República Democrática del Congo).

(44) Hay que resaltar la labor de ACNUR y de ONGs como *Refugees International* o *Amnistía Internacional* dando a conocer la situación de los apátridas de facto por todo el mundo a través de la elaboración de informes de gran utilidad.

(45) *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*. Documento A/66/12, p. 2.

los romaníes, dispersos por Europa Oriental y que carecen de nacionalidad en muchos casos, las personas de origen ruso en los Estados bálticos o ciertas minorías como los mesquetios en Rusia<sup>(46)</sup>, por poner tan sólo unos ejemplos que muestran la universalidad del fenómeno, desgraciadamente.

De igual manera, tras los sucesos del 11 de Septiembre de 2001 ha habido un aumento en la desconfianza por parte de los Estados frente a las personas que no son nacionales de un Estado, y más aún respecto de quienes carecen de nacionalidad, y un aumento en la vigilancia de estos colectivos una vez dentro del territorio nacional, una restricción en cuanto al acceso a los servicios sociales en sus países de residencia y en una limitación de su libertad de movimiento, tanto a nivel interno como internacional.

Así pues, en la actualidad, a pesar de los grandes avances obtenidos en la lucha para eliminar la apatridia y para mejorar la situación de los apátridas, su situación sigue siendo tan grave y precaria (si no más) como en las décadas precedentes.

## II. LOS APÁTRIDAS COMO GRUPO VULNERABLE

### 1. Carencia de nacionalidad y vulnerabilidad

Si hay una caracterización que distinga a los apátridas y que se le haya atribuido por quienes se han ocupado de su problema, es el de grupo vulnerable<sup>(47)</sup>, y en particular, de grupo «extremadamente vulnerable o en situación de extrema vulnerabilidad».

Una vulnerabilidad extrema que, en última instancia, podría no ser más que un eufemismo para no hablar de las violaciones de los derechos humanos de estas personas. Unas violaciones que pueden alcanzar a prácticamente todos los ámbitos de la vida de un ser humano y durante toda su vida.

La apatridia es hoy día el conducto ideal para la violación de los derechos humanos<sup>(48)</sup> fundamentales de una persona. El hecho de que, como dice algún autor<sup>(49)</sup>, generalmente todos tengamos una nacionalidad y que consideremos este hecho como algo inmutable y dado como puede serlo nuestro nombre o nuestro género hace que sea muy complicado, a primera vista, percatarse del drama y las graves consecuencias que implican el carecer de nacionalidad.

La vulnerabilidad de un apátrida deriva del hecho mismo de que la apatridia es una anomalía<sup>(50)</sup>, una anomalía tal que el problema de los apátridas es, al decir de Arendt, que «su drama no es que no sean iguales ante la ley, sino que no existe ley alguna para

---

(46) Véase REFUGEES INTERNATIONAL, *Nationality rights for all*, op. cit., pp. 28-53.

(47) VAN WAAS, L., «Nationality and rights» en BLITZ, B., LYNCH, M., *Statelessness and the Benefits of Citizenship. A comparative study*, op. cit., p. 28.

(48) WALKER, D.J., «Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights», op. cit., pp. 106-123.

(49) VAN WAAS, L., *Statelessness matters. Statelessness under International Law*, op. cit., p. 7.

(50) Desde el punto de vista del derecho internacional, esa idea ya se encuentra bien asentada por ejemplo en *A Study of Statelessness*, op. cit., p. 13.

ellos; no el que estén oprimidos sino que nadie quiera siquiera oprimirlos»<sup>(51)</sup>. Los apátridas viven en un limbo jurídico, un limbo que se funda únicamente sobre la carencia de una nacionalidad.

Una situación que, como señala el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, genera una discriminación que puede adquirir proporciones ciertamente terribles, ya que puede durar literalmente durante toda la vida de quien la sufre, «desde la cuna a la tumba»<sup>(52)</sup>, ya que en muchos casos un apátrida lo es de forma *originaria* al no poder ser inscrito su nacimiento y finalmente, si en ningún momento de su vida ha podido salir de la situación de indocumentación que caracteriza la apatridia, termina por tener que ser enterrado de forma anónima, sin identificación alguna.

La discriminación que sufren en su vida cotidiana los apátridas en todas las partes del mundo en las que se encuentran es enorme y afecta a todos los aspectos de su vida cotidiana y al disfrute de sus derechos y libertades más fundamentales, tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales. En muchos casos el apátrida se ve condenado a la invisibilidad social, a los márgenes de la sociedad, a la exclusión y a la pobreza.

Como han señalado autores que se han ocupado del fenómeno de la apatridia, «el hecho de que un apátrida carezca de nacionalidad lo coloca en una posición anormal e inferior que reduce su valor social y destruye su propia autoestima»<sup>(53)</sup>.

Se ha dicho también que «la inferioridad del status legal de la persona apátrida se refleja en su status social. Crea un prejuicio contra él y hace que las personas lo vean con desconfianza y sospecha» y que «se le trate más como un individuo que ha de ser vigilado que como un hombre cuyos derechos han de ser respetados»<sup>(54)</sup>. Esta idea, recogida ya en 1949, no ha desaparecido en modo alguno y, como ya se ha mencionado, tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001, según señala un autor<sup>(55)</sup>, el aumento en la preocupación pública respecto a la seguridad contra los actos terroristas ha dado como resultado un aumento en las restricciones para los no ciudadanos.

Los apátridas son un colectivo que debe precisamente su vulnerabilidad extrema a la carencia de nacionalidad, al hecho de no poder ejercer su derecho a una nacionalidad, un derecho que ha sido célebremente definido como «el derecho a tener derechos»<sup>(56)</sup> (*the right to have rights*) y, aunque haya discusiones teóricas sobre si hay un derecho humano que ha de ser garantizado por los Estados a tener una nacionalidad o no, lo que es indudable es que, en la práctica, carecer de nacionalidad es condición necesaria y

---

(51) Citada por TORPEY, J., *The invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, *op. cit.*, p. 123.

(52) ACNUR, «Ayudar a los apátridas», 2011, p. 2.

(53) *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, p. 9.

(54) *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, p. 25.

(55) GOLDSTON, J., «Holes in the Rights Framework: Racial Discrimination, Citizenship and the Rights of Noncitizens», *op. cit.*, p. 325.

(56) Véase SOMERS, M., *Genealogies of Citizenship. Markets, Statelessness and the Right to Have Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 5.

suficiente para que millones de personas en todo el mundo vean violados sus derechos humanos de manera sistemática e irrestricta.

La vulnerabilidad estriba en que, siendo la nacionalidad el medio por el cual los ordenamientos internos dan acceso al disfrute de los derechos y libertades fundamentales, careciendo de nacionalidad se carece, asimismo, del acceso de manera efectiva a tales derechos y libertades.

Como señala el Informe Final del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas acerca de los derechos de los no ciudadanos, «hay una gran diferencia entre los derechos que la normativa internacional de los derechos humanos garantiza a los no ciudadanos y la realidad con que éstos se enfrentan»<sup>(57)</sup>.

Entre los diversos tipos de problemas que tienen los apátridas están los relativos a la estancia, entrada y salida del país en el que se encuentran, al carecer de documentos de viaje (pasaportes) expedidos por sus autoridades nacionales.

Por poner un ejemplo, «el apátrida al cual se le ha dictado una orden de expulsión y no puede entrar en ningún otro país de manera legal se encuentra obligado a permanecer oculto, desobedeciendo la orden o tener que entrar en un país vecino mediante medios fraudulentos. En ambos casos vive bajo una amenaza constante hasta el día en el que es descubierto, arrestado y sentenciado. Tras haber cumplido su condena se le conduce a la frontera. Como no hay salida alguna para esta situación, una condena sucede a otra y el apátrida se convierte en una persona fuera de la ley (*outlaw*)»<sup>(58)</sup>.

Usualmente las autoridades del país *toleran* la presencia del apátrida que se encuentra residiendo en su territorio, pero esto lo realizan como un acto graciable, no como un derecho que tenga el apátrida, pudiendo ser expulsado en cuanto las autoridades lo deseen<sup>(59)</sup>.

La apatridia es un fenómeno, una situación de hecho que incide de manera transversal en la vida de una persona, afectándole de manera integral y generando exclusión, marginalidad y pobreza. La condición de apátrida afecta a todos los ámbitos de su vida cotidiana, desde el derecho a tener un nombre y unos apellidos al derecho a una vivienda pasando por el derecho a una educación o a poder casarse.

De igual manera la apatridia incide de forma *transversal* sobre toda la sociedad, afectando desproporcionadamente a los colectivos más vulnerables de la misma, especialmente minorías, mujeres y niños<sup>(60)</sup>, convirtiéndose así en causa y efecto de vulnerabilidad y añadiendo un factor de vulnerabilidad más a grupos que ya tenían sus propias causas autónomas de vulnerabilidad independientemente de la apatridia.

---

(57) WEISSBRODT, D., *Informe final del Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos*. Documento E/CN.4/Sub.2/2003/23, p. 3.

(58) *A Study of Statelessness*, *op. cit.*, p. 16.

(59) Puede que parezca esto exagerado, pero en aquellos Estados no firmantes del Convenio de 1954, ésta es la situación de los apátridas.

(60) Véase BATCHELOR, C.A., «UNHCR and Issues Related to Nationality», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 14, núm. 3, 1995, pp. 4-6 y pp. 10-13.

Una manera muy efectiva, trágicamente implementada a lo largo del siglo XX, de deshacerse de minorías étnicas, lingüísticas, culturales, religiosas o políticas es la desnacionalización en masa de estos colectivos, relegándolos a la emigración o a la marginalidad, si optaban por permanecer en su país. De hecho, en la actualidad muchos casos de apatridia tienen su causa última en la pertenencia a una determinada minoría.

Por su parte, las mujeres son en muchas sociedades un grupo especialmente vulnerable. Esta vulnerabilidad, debida, entre otros factores, a su postergación en el plano socio-cultural y político de dichas sociedades se ha reflejado históricamente en la regulación de la nacionalidad. En muchos ordenamientos internos<sup>(61)</sup>, la mujer se encuentra en un plano de inferioridad respecto al hombre. Esta situación de inferioridad puede hacer que devenga apátrida por el mero hecho de su género bajo ciertos supuestos de hecho que no se aplican al hombre.

En lo referente a los niños, el hecho de que más de 50 millones de nacimientos de niños no sean registrados cada año en el mundo<sup>(62)</sup> es una de las causas más comunes de apatridia *originaria* en la actualidad. Esto priva en muchos países a los niños del acceso a derechos básicos como el derecho a la educación o a la salud, entre muchos otros.

Asimismo, y sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva de las carencias y los problemas que aquejan a los apátridas, al carecer de nacionalidad y de Estado que les proteja, no tienen acceso *a priori* ni a la protección diplomática de Estado alguno ni a la asistencia consular de la que gozan los nacionales de cualquier Estado.

## 2. La nacionalidad como el derecho a tener derechos

La causa de la extrema vulnerabilidad de los apátridas, como se acaba de señalar, es la carencia de nacionalidad. Por lo tanto, es necesario considerar en qué consiste el derecho a la nacionalidad y si todas las personas tienen derecho a la nacionalidad, siendo por tanto un derecho humano que se pueda reclamar a los Estados.

La importancia del derecho a la nacionalidad radica en la famosa definición de que es el derecho a tener derechos (*the right to have rights*) que implica, tanto en la concepción de Arendt<sup>(63)</sup> como en la del juez Warren,<sup>(64)</sup> que sin el derecho a la nacionalidad una persona no puede acceder al conjunto de derechos que un ordenamiento jurídico estatal confiere a sus nacionales. Por tanto, si no tiene una nacionalidad se convierte en un excluido del cuerpo social, en un marginado indefenso e irrelevante que puede ser objeto de violaciones de sus derechos humanos más básicos puesto que no es, para expresarlo en la paradoja de Arendt «nada más que un ser humano» y por tanto, «parece

---

(61) Por poner un ejemplo, en España hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

(62) REFUGEES INTERNATIONAL, *Lives on hold. The Human Cost of Statelessness*, op. cit., p. 5.

(63) ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism*, op. cit., pp. 296-7.

(64) «**Citizenship is man's basic right**, for it is nothing less than **the right to have rights**. Remove this priceless possession and there remains a stateless person, disgraced and degraded in the eyes of his countrymen. He has no lawful claim to protection from any nation, and no nation may assert rights on his behalf. His very existence is at the sufferance of the state within whose borders he happens to be (...) and thereby deprived of the right to assert any rights» (*Pérez v Brownell*, 356, US 44, 1958. Opinión disidente del Juez Warren).

que un ser humano que no es más que un hombre ha perdido las cualidades mismas que hacen posible que otras personas lo vean como un igual»<sup>(65)</sup>.

Así pues, el derecho a la nacionalidad es de una importancia fundamental a la hora de acceder a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales recogidos en los textos internacionales y nacionales.

Sin embargo, podría parecer que la necesidad de tener una nacionalidad para disfrutar de los derechos humanos y las libertades fundamentales fue superada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ya que en la misma se recoge la premisa básica de la normativa internacional de los derechos humanos, que es el hecho «de que toda persona, *en virtud de su humanidad intrínseca*, debe disfrutar de todos los derechos humanos, a menos que distinciones excepcionales, por ejemplo, *entre ciudadanos y no ciudadanos*, obedezcan a un objetivo legítimo del Estado y sean proporcionales al logro de ese objetivo»<sup>(66)</sup>.

Esta premisa ha sido desarrollada por los diferentes instrumentos jurídicos de derecho internacional, tanto a nivel universal como regional, en materia de derechos humanos y existe una evidente tendencia en el derecho de los derechos humanos a la *desnacionalización* de los derechos, desvinculándolos de la posesión de una nacionalidad<sup>(67)</sup>.

Más aún, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge en su artículo 15 el derecho que toda persona tiene a una nacionalidad<sup>(68)</sup>.

Por lo tanto, el debate parece zanjado: por una parte, no es la nacionalidad la que determina el goce de los derechos humanos, sino la condición de ser humano y por otra parte, se reconoce el derecho a la nacionalidad como un derecho humano más.

Sin embargo, surgen dos problemas respecto de estas conclusiones: 1) una serie de derechos humanos son en realidad *derechos de los nacionales* y 2) el artículo 15 no especifica *cuál* es la nacionalidad a la que una persona tiene derecho.

Respecto a la primera cuestión, lo cierto es que existen toda una serie de derechos de gran importancia contemplados en los instrumentos jurídicos internacionales, de los que se excluye a los no ciudadanos, como los derechos políticos, el derecho a la libertad de circulación y residencia (que incluye el salir y entrar de su país) o los derechos económicos<sup>(69)</sup>.

---

(65) Arendt citada por SOMERS, M., *Genealogies of Citizenship. Markets, Statelessness and the Right to Have Rights*, *op. cit.*, p. 125.

(66) WEISSBRODT, D., *Informe final del Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos*, *op. cit.*, p. 7.

(67) VAN WAAS, L., «Nationality and rights» en BLITZ, B.; LYNCH, M., *Statelessness and the Benefits of Citizenship. A comparative study*, *op. cit.*, p. 20.

(68) Y no sólo se recoge el derecho, de manera genérica, a una nacionalidad en la Declaración Universal, sino también en instrumentos regionales como la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos (art.20), la Carta Árabe de los Derechos Humanos (artículo 29) o la Convención de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes (artículo 24).

(69) Por ejemplo, en el artículo 2.3 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se explicita una excepción según la cual «Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos

Asimismo, como señala una autora, el hecho mismo de la promulgación del derecho a la nacionalidad como un derecho humano es una «confirmación del duradero papel que juega la nacionalidad en el ejercicio de los derechos»<sup>(70)</sup>.

Por tanto el gozar de una nacionalidad juega, incluso con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, un papel fundamental en el disfrute de ciertos derechos *humanos* que están reservados a los nacionales y, en consecuencia, los apátridas se encuentran en una situación de desventaja evidente.

En lo referente a la segunda cuestión, esto es, que el artículo 15 de la Declaración Universal no explicita qué nacionalidad concreta es a la que el individuo tiene derecho, es necesario ver en dicha problemática la tensión existente en materia de nacionalidad entre la soberanía de los Estados y la normativa internacional de los derechos humanos.

En efecto, y aunque algún autor<sup>(71)</sup> entienda que se ha de presumir que el artículo 15 le impone una obligación al Estado de otorgarle su nacionalidad a la persona que reside habitualmente en su territorio (*the country where the person has chosen to make her or his home*) y que en algún instrumento convencional multilateral se especifique claramente en qué Estado concreto recae la obligación de otorgar la nacionalidad a dicha persona<sup>(72)</sup>, no es menos cierto que no está claro si constituye una obligación de derecho internacional consuetudinario otorgar una nacionalidad cuando la alternativa es la apatridia<sup>(73)</sup>. Por lo tanto, en países como España, que sólo están vinculados al respecto por la Declaración Universal y por la literalidad del artículo 15, puede entenderse que «la nacionalidad no tiene *per se* en abstracto la naturaleza de un derecho subjetivo»<sup>(74)</sup> y que «el presunto derecho a la nacionalidad que se derivaría de los instrumentos internacionales, sería todo lo más un derecho a tener una adscripción nacional, pero no a tener una concreta nacionalidad, por lo que resulta difícilmente exigible por parte de un particular respecto de cualquier Estado»<sup>(75)</sup>.

Aunque estas afirmaciones han de ser matizadas, puesto que, por ejemplo, en el caso de una persona nacida en el territorio de uno de los signatarios de la Convención Interamericana y que no tiene derecho a otra nacionalidad, esta persona sí que tendría, a nuestro juicio, un *derecho subjetivo* a esa nacionalidad concreta<sup>(76)</sup>, de acuerdo a los

---

humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos».

(70) VAN WAAS, L., «Nationality and rights», en BLITZ, B.; LYNCH, M., *Statelessness and the Benefits of Citizenship. A comparative study*, *op. cit.*, p. 23.

(71) EIDE, A., *Citizenship and the minority rights of non-citizens*, E/CN.4/Sub.2/AC.5/1999/WP.3, párr.12.

(72) Artículo 20.2 de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos que señala que «Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra».

(73) GOLDSTON, J., «Holes in the Rights Framework: Racial Discrimination, Citizenship and the Rights of Noncitizens», *op. cit.*, p. 339.

(74) ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, p. 115.

(75) ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, pp. 119-120.

(76) Más aún, la persona que entienda violado dicho derecho puede acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sucedió en el caso de las niñas Yean y Bosico contra la República Dominicana.

principios del derecho internacional; sin embargo son enormemente expresivas de las dificultades que los apátridas encuentran a la hora de hacer valer su derecho humano a la nacionalidad recogido en el derecho internacional (pero que en el caso de la Declaración Universal no se especifica ante qué estado) ante un ordenamiento jurídico nacional que no considera a la nacionalidad como un derecho fundamental<sup>(77)</sup>.

Tales dificultades proceden de la «doble naturaleza» de la nacionalidad, según se considere a esta una relación entre el individuo y el Estado o se entienda que la nacionalidad es un *status* del individuo<sup>(78)</sup>.

Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional, la regulación de la nacionalidad se encuentra dentro de lo que se conoce como «desarrollo progresivo del derecho», otorgando una mayor flexibilidad a dicha materia y limitando el poder discrecional de los Estados a la hora de regular en materia de nacionalidad.

En efecto, «existe un consenso internacional emergente (*emerging international consensus*) acerca de que las leyes de nacionalidad y la práctica estatales han de ser coherentes con los principios del derecho internacional y particularmente con la normativa de los derechos humanos»<sup>(79)</sup>.

Aunque no sean numerosos los Estados que son parte de los Convenios de 1954 y de 1961 (lo que contribuye decisivamente al drama de los apátridas en el mundo) y no se puede decir, por tanto, que los principios en ellas contenidos vinculen a la comunidad internacional en su conjunto por el hecho de estar contenidos en dichas Convenciones, no es menos cierto que algunos de sus principios tienen carácter de principios que dirigen la labor normativa internacional en la materia, como puede ser la lucha contra la apatridia, de la que se ha dicho que tiene carácter de costumbre internacional<sup>(80)</sup>.

De manera análoga, el principio de no discriminación es un principio estructural de los derechos humanos que tiene carácter de *ius cogens*<sup>(81)</sup>, por el cual no se puede privar

---

(77) En el caso español la situación no es completamente pacífica. Ya hemos visto que Aláez Corral opta decididamente por no considerarla como un derecho fundamental. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho español de la nacionalidad*, *op. cit.*, pp. 37-38 critica que no se haya incluido a la nacionalidad en la lista de derechos fundamentales de la Constitución de 1978. Otros autores, por su parte, han defendido que el derecho a la nacionalidad es un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentarios al Código Civil. Artículos 17 a 41», en ALBALADEJO, M.; DÍAZ, S., (coord.) *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, vol. 3, Edersa, Madrid, 1993, p. 18-23 asume el planteamiento de que la nacionalidad es un presupuesto básico esencial para el ejercicio de los demás derechos fundamentales y que, por tanto, ha de ser considerado como derecho fundamental (de forma un tanto tautológica) el derecho del español a la nacionalidad española.

(78) FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho español de la nacionalidad*, *op. cit.*, p. 30.

(79) GOLDSTON, J., «Holes in the Rights Framework: Racial Discrimination, Citizenship and the Rights of Noncitizens», *op. cit.*, p. 338.

(80) Como señala, por poner sólo un ejemplo, el Informe Explicativo del Consejo de Europa sobre la Convención de 2006 señala expresamente que «*The avoidance of statelessness is one of the major preoccupations of the international community. In accordance with customary international law States have an obligation, when determining who are their nationals, to avoid cases of statelessness*» (párr. 1).

(81) Como mínimo, por razones de raza. Véase GOLDSTON, J., «Holes in the Rights Framework: Racial Discrimination, Citizenship and the Rights of Noncitizens», *op. cit.*, p. 341.

de su nacionalidad, por ejemplo, de manera colectiva (o individual) debido a cuestiones de raza u origen étnico<sup>(82)</sup>.

Como mínimo, ha señalado un autor<sup>(83)</sup>, los estándares internacionales en materia de derechos humanos prohíben a los Estados retirar la nacionalidad a sus nacionales que a causa de ello se conviertan en apátridas; obligan a los Estados a respetar los derechos humanos de los apátridas y obligan a los Estados a otorgar su nacionalidad a todos los niños nacidos dentro de su territorio que de otra manera devendrían apátridas.

Dentro de este desarrollo progresivo en materia de nacionalidad hay que mencionar que en el caso concreto de la sucesión de Estados, sí que puede darse el caso de que el derecho a la nacionalidad recogido en el artículo 15 de la Declaración Universal sea un *derecho subjetivo* del individuo, puesto que es determinable el Estado frente al cual tiene derecho a reclamar tal nacionalidad<sup>(84)</sup>.

Así pues, en el ámbito concreto de la sucesión de Estados la tendencia del derecho internacional de la nacionalidad es la de considerar que existe un *derecho subjetivo* del individuo al respecto.

De forma análoga, respecto de la apatridia *originaria*, cuando se trata del derecho de la nacionalidad de los niños, «como consecuencia de la evolución del derecho de los derechos humanos, incluso aquellos Estados que en otro caso aplicarían el principio de *ius sanguinis*, tienen que aplicar el principio de *ius soli* a los niños nacidos en su territorio que de otra manera devendrían apátridas»<sup>(85)</sup>.

Y esta norma, que obliga al Estado a otorgar su nacionalidad al niño nacido en su territorio que de otra manera deviniese apátrida es una norma de derecho internacional consuetudinaria, debido a la ratificación casi universal de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>(86)</sup>, en la que se recoge este precepto.

Por lo tanto, podemos ver que el desarrollo progresivo del derecho internacional en materia de la nacionalidad, que tiene dos direcciones básicas, como son la lucha contra la apatridia y la reducción de la discrecionalidad de los Estados a la hora de regular acerca de la nacionalidad, ha aumentado el campo en el cual el derecho humano a una nacionalidad recogido en el artículo 15 de la Declaración Universal, con carácter general, puede ser hecho efectivo por un individuo como un *derecho subjetivo* al poder determinarse sobre qué Estado recae la obligación de otorgarle su nacionalidad: en caso de la sucesión de Estados, bajo determinados supuestos, y en caso de que se trate de un niño nacido en el territorio de un Estado que devendría apátrida si no se le otorgase la nacionalidad de ese Estado.

---

(82) EIDE, A., *Citizenship and the minority rights of non-citizens*, *op. cit.*, párr. 20.

(83) WEISSBRODT, D.; COLLINS, C., «The Human Rights of Stateless Persons», *op. cit.*, p. 276.

(84) «Comentario del Proyecto de Artículos sobre la nacionalidad de las personas físicas en relación con la Sucesión de Estados», en Comisión de Derecho Internacional (ed.), *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, Part Two. Documento A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2), p. 25.

(85) EIDE, A., *Citizenship and the minority rights of non-citizens*, *op. cit.*, párr. 34.

(86) Estados Unidos, por ejemplo, que es de los escasos Estados que no es parte de dicha Convención, recoge este principio en su ordenamiento interno.

### III. CONCLUSIONES

La aparición de la apatridia como fenómeno masivo a principios del siglo XX hizo que la Comunidad Internacional se enfrentara por primera vez a una situación que en sí misma es una violación de los derechos humanos de todo ser humano.

La respuesta de la Comunidad Internacional en la lucha contra la apatridia se ha desarrollado a través de instrumentos jurídicos convencionales, contribuyendo a afianzar la idea, que goza ya de un consenso prácticamente universal, de que la apatridia es una situación indeseable, tanto para el derecho internacional como para el derecho interno. Asimismo, la consideración del derecho a la nacionalidad como un derecho humano, dentro de la dinámica de la normativa de los derechos humanos, ha hecho que la regulación en materia de nacionalidad se encuentre dentro del ámbito del «desarrollo progresivo del derecho internacional».

Este desarrollo progresivo tiene una tendencia clara, que es la de otorgar una mayor preeminencia a los intereses del individuo frente a los intereses de los Estados en materia de nacionalidad, limitando así la discrecionalidad estatal en su otorgamiento y retirada.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

ACNUR, *Ayudar a los apátridas*, 2011.

- *Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados*, Nueva York, 2011.
- *Nacionalidad y apatridia: Manual para parlamentarios*, 2005.
- *Prevención y reducción de la apatridia*, s.f.
- *Protección de los derechos de los apátridas*, s.f.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, «La prevención de la apatridia como criterio de la nacionalidad española de origen» en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, pp. 75-90, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Vol. 3 (Artículos 17 a 41)*, Edersa, Madrid, 1993.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, *Legislación básica de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2011.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

ARENDRT, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, Nueva York, 1964.

- *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, San Diego – Nueva York – Londres, 1968.

- BATCHELOR, Carol A., «UNHCR and Issues Related to Nationality», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 14, núm. 3, 1995.
- BAUBÖCK, Rainer, *Migration and Citizenship. Legal status, Rights and Political Participation*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006.
- *Transnational Citizenship. Membership and Rights in International Migration*, Edward Elgar, Aldershot, 1994.
- BLITZ, Brad; LYNCH, Maureen, *Statelessness and the Benefits of Citizenship: A comparative study*, Oxford Brookes University, Oxford, 2009.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- CONSEJO DE EUROPA, *Convention on the avoidance of statelessness in relation to State succession. Explanatory report*, Estrasburgo, 2006.
- *European Convention on Nationality. Explanatory report*, Estrasburgo, 1997.
- COSTA, Pietro; ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- EIDE, Asbjorn. *Citizenship and the minority rights of non-citizens*, E/CN.4/Sub.2/AC.5/1999/WP.3, 1999.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Derecho español de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GOLDSTON, James A., «Holes in the Rights Framework: Racial Discrimination, Citizenship and the Rights of Noncitizens», *Ethics & International Affairs* 20, n. 3 (2006), pp. 321-347.
- GOODWIN-GILL, Guy, *Convention on the Reduction of Statelessness*, Naciones Unidas, 2011.
- *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, Naciones Unidas, 2010.
- INTERNACIONAL, COMISIÓN DE DERECHO, *Informe Anual de la Comisión de Derecho Internacional*. A/61/10, 2006.
- MIKULKA, Vaclav, *Segundo informe sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas*. A/CN.4/4741, 1996.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentarios al Código Civil. Artículos 17 a 41» en *Comentarios al Código Civil*, editado por Albaladejo, Manuel; Díaz Alabart, Silvia, Edersa, Madrid, 1993.
- PODESTÁ COSTA, Luis A., *Derecho internacional público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1979.
- REFUGEES INTERNATIONAL, *Lives on hold. The Human Cost of Statelessness*, 2005.
- *Nationality Rights for all*, 2009.
- ROBINSON, Nehemiah, *Convention relating to the status of stateless persons. Its History and Interpretation. A commentary*, Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1954.

- SOMERS, Margaret, *Genealogies of Citizenship. Markets, Statelessness and the Right to Have Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- TORPEY, John, *The invention of the passport. Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- UNITED NATIONS, *A Study of Statelessness*, Lake Success, New York. E/1112; E/1112/Add.1, 1949.
- VAN WAAS, Laura, *Statelessness matters. Statelessness under International Law*, Intersentia, Antwerp, 2008.
- WALKER, Dorothy Jean, «Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights?», *Human Rights Quarterly* 3, n. 1 (1981), pp. 106-123.
- WEIS, Paul, *Nationality and Statelessness in International Law*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979.
- WEISSBRODT, David, *Informe final del Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos*. E/CN.4/Sub.2/2003/23, 2003.
- WEISSBRODT, David; COLLINS, Clay, «The Human Rights of Stateless Persons», *Human Rights Quarterly* 28, n. 1 (2006), pp. 245-276.



# Diálogos jurídicos

---

**DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS**

---



# DIÁLOGO ENTRE MANUEL ATIENZA<sup>(\*)</sup> Y JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO<sup>(\*\*)</sup>

Universidad de Alicante-Universidad de León

## I

**Diálogos Jurídicos:** *Tradicionalmente la filosofía del Derecho se clasificó en Derecho Natural y Positivismo Jurídico, clasificación que parecía que abarcaba todo el campo y hacía que quien se dedicaba a este pensamiento fuera partidario de uno u otro. Hoy, sin embargo, se dice que esa diada, quizás como otras, carece de sentido. ¿Os parece cierto esto último?*

**Manuel Atienza:** Benjamín Rivaya nos sugiere, como tema para iniciar este diálogo, la *vexata quaestio* de la contraposición entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Bueno, ya hemos tenido antes alguna oportunidad de hablar sobre ello y de mostrar nuestras discrepancias recíprocas. Pero como el posible lector de este diálogo no tiene por qué estar al tanto del asunto, quizás podamos empezar por el principio, esto es, señalando cuáles son nuestras posiciones de partida. Trato de sintetizar la mía.

En mi opinión, la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico ha dejado efectivamente de tener sentido, si se piensa como la gran contraposición que permite clasificar a los iusfilósofos (o a los juristas en general) en alguna de esas dos categorías. En muchos aspectos, es una falsa contraposición. Yo no me considero ni una cosa ni la otra y, al mismo tiempo, no estoy tampoco dispuesto a prescindir de aportaciones de autores iuspositivistas que me parecen de gran valor (por ejemplo, muchas de las categorías introducidas por Hart siguen siendo útiles) ni a condenar tampoco a todo lo que se ha presentado o se presenta como iusnaturalista (para utilizar otro ejemplo del siglo XX: Fuller me parece de gran importancia para entender el sentido de fondo del Derecho). Si en los últimos tiempos me he mostrado particularmente combativo contra los positivistas, eso se debe a la importancia que tienen (que tenéis) hoy en nuestra cultura jurídica y a la necesidad, en consecuencia, de criticar una teoría del Derecho que, sobre todo en el espacio del Estado constitucional, se ha constituido en una especie de «obstáculo epistemológico» para el desarrollo de una concepción del Derecho que esté

---

(\*) Catedrático Universidad de Alicante.

(\*\*) Catedrático Universidad de León.

a la altura de las exigencias del presente. El positivismo jurídico, en mi opinión, no es tanto una concepción falsa del Derecho cuanto una concepción excesivamente pobre y, por ello, incapaz de dar cuenta de nuestros Derechos y de servir como guía a quienes tienen que operar en los mismos. Esa pobreza se debe a que reduce el Derecho a un fenómeno autoritativo y a que se empeña en trazar límites estrictos entre el Derecho y el no Derecho (el Derecho y la moral, por ejemplo) violentando de esa manera la realidad de las cosas.

Bueno, conociéndote, me imagino que con lo dicho ya habré despertado de sobra tu apetito polémico.

**Juan Antonio García Amado:** Pocas cosas intelectual y académicamente más placenteras para mí que debatir contigo sobre estas cuestiones, incluida esta por la que Benjamín Rivaya sugiere que empecemos. Como un diálogo debe ser tal y no una sucesión de monólogos, tomo pie en lo que tú dices y te respondo.

1. En primer lugar, estoy de acuerdo contigo en que la contraposición simple (y seguramente simplista) entre iuspositivismo y iusnaturalismo quizá no tiene mucho sentido o, efectivamente, se queda corta. En mi opinión, porque mientras cabe que todavía podamos reconducir el positivismo jurídico del siglo XX y hasta hoy a unas pocas tesis básicas y comunes a los diversos autores (o a la gran mayoría de ellos; dejo de lado de momento el llamado positivismo inclusivo o incluyente), el conjunto de doctrinas o autores que, para abreviar, podemos llamar antipositivistas no deben ser catalogados como iusnaturalistas, al menos si nos atenemos a un concepto preciso e históricamente avalado de iusnaturalismo. Efectivamente, yo a ti no te tildaría de iusnaturalista, como tampoco pondría ese calificativo a otros grandes teóricos no positivistas, como Dworkin o Alexy. Tal vez podemos acordar que iusnaturalistas son los que afirman que existe el Derecho Natural y forma parte esencial de cualquier sistema jurídico, esté o no reflejado en las normas positivas del sistema. Pero sí estimo que puede tener alguna utilidad inicial y didáctica arrancar de algunas contraposiciones teóricas básicas, aunque luego se maticen y aunque acto seguido haya que desgranar variantes dentro de cada una. A tal efecto, a mí me gusta diferenciar entre iuspositivismo y iusmoralismo. Los iusnaturalistas son iusmoralistas, pero no todos los iusmoralistas son iusnaturalistas.

Convendrá que definamos. O al menos ahí van unas propuestas de definición o caracterización elemental. Si estás de acuerdo con ellas, habremos avanzado para, luego, entrar en materia, en un debate que no sea puramente terminológico. No serán propuestas originales ni rebuscadas, obviamente.

Considero que el iuspositivismo se define por las dos tesis tantas veces presentadas y que autores como Bobbio expusieron con claridad. Se trata de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y de la tesis de las fuentes sociales del Derecho. Aunque no es necesario que las explicité ante ti, puede ser útil para el lector de este diálogo que establezcamos el contenido de tales tesis.

La separación conceptual entre Derecho y moral significa que podemos ver y pensar el Derecho y la moral como «cosas» u «objetos» distintos, aun cuando se relacionen en los hechos de muy diversas maneras. Conceptualmente serían entidades distintas, diferenciadas, y por eso nos referimos a ellas con nombres distintos y les asignamos

existencia independiente (en cierto sentido de «existencia independiente»). Me gusta usar la siguiente comparación ilustrativa. Una cosa es la fisiología del acto sexual y otra el sentimiento amoroso. A y B pueden acoplarse sexualmente y A y B pueden amarse. Cabe que A y B se acoplen sexualmente y se amen; pero también que tengan sexo sin amor o amor sin sexo. Conceptualmente distinguimos ambas cosas y por eso podemos catalogar su acción conforme a esos dos patrones o referencias. Y por eso no deja su relación de ser sexual si no hay amor, ni de ser amorosa si no hay sexo. Lo que no quita para que: a) pueda haber amplio acuerdo en que el ideal es el sexo con amor o el amor con sexo; b) quepa calificar la misma acción también conforme a otras referencias, como la de pecado o no pecado, por ejemplo. Lo que el iuspositivista viene a indicar es que al igual que el sexo sin amor (o hasta con odio) sigue siendo sexo (al margen de que se crea que es sexo de mala clase, si acaso), el Derecho inmoral sigue siendo Derecho (aunque nos parezca un Derecho reprochable). Al igual que el amor sin sexo sigue siendo amor. Por eso, para el positivista, una norma jurídica inmoral sigue siendo jurídica y una norma moral antijurídica sigue siendo moral.

Lo de las fuentes sociales del Derecho significa que no hay nada en un «más allá» que por sí e independientemente sea Derecho, que todo Derecho nace y se constituye en el seno de las relaciones sociales y responde a actos sociales positivos, del tipo que sean según la clase de sociedad de la que hablemos.

El iusmoralismo niega esas tesis. Frente a la primera, los iusmoralistas mantienen que un sistema jurídico de contenidos claramente inmorales o una norma jurídica de contenido claramente inmoral no es Derecho y no obliga como tal, como Derecho. Por tanto, por mucho que el sistema jurídico trate sus propias normas como obligatorias (jurídicamente), no lo son si no superan un mínimo test de moralidad o de justicia. Ese patrón de moralidad o de justicia viene dado por algún tipo de entidad moral que ha de poseer objetividad y ser cognoscible y que, en consecuencia, no depende de o no es relativo a una u otra sociedad, aunque en cada sociedad se concrete mejor o peor.

2. No tengo inconveniente en asumir que el positivismo, como concepción del Derecho, es «pobre», como tú dices. Sobre el Derecho podemos hacernos multitud de preguntas. Por ejemplo, si tal o cual sistema jurídico o tal o cual norma son justos o injustos; o si son económicamente convenientes o inconvenientes; o si reflejan mejor o peor el «espíritu del pueblo» o el sentir y la opinión de los ciudadanos; o (trivializando un poco) si las normas escritas tienen un estilo literario bello o aborrecible; etc. Ante esas preguntas el positivista señala la necesidad de diferenciar y nos insiste en que una cosa es describir el Derecho que hay y otra el valorarlo desde tal o cual punto de vista. Es como si al fisiólogo o el anatomista que nos describe el cuerpo humano (o un cuerpo determinado) le insistimos en que desde su ciencia nos explique si está bien o mal que las manos se usen para matar o hasta le queremos convencer de que las manos que matan no son verdaderas manos, sino instrumentos del mal. Nos dirá que él, como fisiólogo, no es competente para decir sobre tales problemas, pero que una mano es una mano cuando es una mano; y punto. Un iuspositivista no tiene por qué negar importancia a los problemas morales, sociales, políticos, económicos etc. Relacionados con el Derecho. Y hasta creo que un positivista puede ser un objetivista moral, igual que aquel anatomista de la comparación puede ser católico y profesar una moral de base religiosa. El tema está en si intelectualmente es más fructífero decir que una norma jurídica injusta no es

Derecho o que una mano que mata cruelmente no es una mano, o diferenciar cada cosa y las diversas facetas o aspectos de cada cosa.

Por eso a mí me parece que el positivismo no comporta un «obstáculo epistemológico» para desarrollar una concepción del Derecho «a la altura de las exigencias del presente». Igual que no es un obstáculo epistemológico para explicar, por ejemplo, el Derecho medieval, en el que también los sistemas jurídicos estaban en cierto sentido impregnados de una moral (religiosa) muy densa y con pretensión dirimente de la juridicidad.

Me parece que ya he rebasado los límites de extensión razonables en un diálogo educado. Discúlpame.

**Manuel Atienza:** Estoy de acuerdo contigo en muchas de las precisiones que haces, pero no en todas. O, mejor dicho, en lo que discordamos, me parece, es en el enfoque que cada uno tiene en relación con el Derecho: en el tipo de teoría del Derecho que cada uno de nosotros defiende. Recuerdo que era el punto final de la polémica que tuvimos a propósito de la ponderación. Trataré de aclararte lo que quiero decir con ello, de la manera más breve posible.

El concepto que tú dibujas de «iusmoralismo» (como sustituto del de «iusnaturalismo») no me parece aceptable, por lo siguiente. Si a mí me consideras un iusmoralista (y en esa misma clase englobas también a autores como Dworkin o como Alexy), entonces yo te diría que ninguno de ellos niega (desde luego, yo no la niego) la tesis de las fuentes sociales del Derecho, o sea, que el Derecho es un fenómeno social e histórico. Lo que sí pienso es que el Derecho no se agota en su indudable dimensión autoritativa (sin autoridades –autoridades, naturalmente, humanas, relativas a sociedades concretas y a momentos históricos también determinados– no puede haber Derechos), sino que tiene también una dimensión valorativa. Si se deja fuera la dimensión de valor no es posible comprender el funcionamiento del Derecho, ni tampoco sus categorías básicas; por ejemplo, la noción de derechos fundamentales. Pero los valores no están flotando en algún mundo que se encuentre más allá del nuestro o de los nuestros. O sea, la apelación a los valores no significa extraviarse por los intransitables caminos de la metafísica. Muy por el contrario, necesitamos contar con los valores precisamente para poder tratar con la realidad del Derecho. Y por lo que se refiere a la otra tesis, la de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, lo que yo creo es que el positivismo simplifica excesivamente las cosas. De nuevo, me parece que ninguno de los autores a los que tú calificas de iusmoralistas negaría la posibilidad de que pueda existir Derecho injusto. Yo no tengo la menor duda de que las leyes fundamentales del franquismo eran injustas, como es también injusta la regulación constitucional (de nuestra Constitución) a propósito de la religión (que trata peor a un ateo que a un católico) o las reformas laborales (y de otro tipo) llevadas a cabo en España en los últimos tiempos. Todos son ejemplos de Derecho válido, pero injusto. O sea, el Derecho no es, efectivamente, lo mismo que la moral, y hay perspectivas (teóricas) desde las que puede (y debe) distinguirse entre esas dos realidades; pero otras desde las que ya no es posible hacerlo. Así, no es posible dejar fuera las consideraciones morales si se quiere identificar el Derecho, al menos en algunos casos, y sobre todo cuando se trata de nuestros Derechos, los del Estado constitucional; y no se puede tampoco cuando se argumenta jurídicamente: el argumento

jurídico de tipo justificativo contiene siempre un fragmento moral. Me parece que para captar esa idea puede resultar útil traer aquí a colación lo que Gustavo Bueno llamaba (o llama) «conceptos conjugados», o sea, conceptos distintos entre sí, pero que no pueden entenderse el uno separado del otro.

Y ahora voy a lo que antes te decía, en el sentido de que nuestras aproximaciones al Derecho son distintas. Vosotros, los positivistas, estáis obsesionados (si me permites hablar así) por construir teorías meramente descriptivas (y, en alguna medida, explicativas) del Derecho y dejáis por ello fuera de vuestros propósitos la dimensión normativa. Consideráis, de alguna manera, que la noción de una «teoría normativa» es algo así como un oxímoron. Y aquí radica, me parece, la causa fundamental de la pobreza del positivismo jurídico: la renuncia a construir una teoría «interesante» del Derecho. Por ello, a la metáfora sexual que tú has usado, yo te replico con esta otra que he utilizado ya muchas veces discutiendo con los positivistas genoveses (Guastini, Comanducci, Chiasonni, etc.), cuyas posturas me parecen esencialmente afines a la tuya. Mi impresión es que los autores positivistas parecen haber hecho una especie de voto de castidad que les lleva, en relación con el Derecho, a no entrar en lo que podríamos considerar como los aspectos más estimulantes de esa práctica: me refiero a la del Derecho.

**Juan Antonio García Amado:** Me parece muy bueno, para la claridad de nuestro amistoso debate, que estemos de acuerdo a la hora de centrar los desacuerdos (y las coincidencias). Es verdad que lo que nos separa es el tipo de teoría del Derecho que defendemos cada uno.

Asumes la tesis de las fuentes sociales del Derecho, en el sentido de que el Derecho es un fenómeno social e histórico. Por ahí asoma uno de nuestros acuerdos, el de que no existe el derecho natural. Yo puedo asumir, en principio, tu afirmación de que el Derecho «tiene también una dimensión valorativa», que se suma a lo que mencionas como «su indudable dimensión autoritativa». Pero tenemos que ver qué significa o implica esa dimensión valorativa del Derecho.

No discreparemos si esa dimensión valorativa alude a que los contenidos de cada sistema jurídico provienen de convicciones valorativas, morales, de la autoridad o de la sociedad misma o una parte mayoritaria o dominante de ella. Tampoco si entendemos que cualquier persona puede juzgar con patrones morales los contenidos de cualquier norma jurídica o de un sistema jurídico en su conjunto, sea el de su Estado o sea el de otro Estado, sea una norma o sistema en algún lugar vigente ahora, sea una norma o sistema que rigieran en el pasado. Ya hemos comentado a veces que tú y yo coincidimos mucho en nuestros juicios de ese tipo, seguramente porque compartimos muchos ideales morales y políticos. Yo coincido en el juicio moral que tú haces sobre las leyes fundamentales del franquismo o sobre la regulación constitucional actual de la religión, o sobre el reparto de los «recortes» en las reformas recientes. También estimo –y estimas tú, sin duda– que eran injustas las normas del Derecho civil español que hasta hace medio siglo o menos discriminaban a la mujer casada frente al marido, por mencionar otro caso. Ser iuspositivista no implica carecer de convicciones morales o políticas; sé que eso no lo negarías.

En efecto, para comprender el *funcionamiento* del Derecho no podemos perder de vista esos elementos valorativos, igual que no podemos comprender los comportamientos

de las personas sin tener en cuenta que la acción de cada individuo denota algo más que su anatomía y su fisiología y está también condicionada por convicciones, sentimientos, etc. Pero por ahí llegamos de nuevo a la diferencia en el tipo de teoría que queremos hacer como teoría «del Derecho». Los positivistas creemos necesaria o muy útil una teoría del Derecho de carácter «anatómico» o «fisiológico», si así se puede decir. Lo que no excluye que también se pueda hacer buena teoría de la acción humana como acción no meramente «fisiológica». Dicho de otra manera, una teoría del Derecho puede ser algo diferente de una teoría sobre el funcionamiento práctico del Derecho y puede ser la base para una buena teoría sobre el funcionamiento del Derecho. Por supuesto, esa teoría del Derecho es, como tal, «pobre», en el sentido de que no explica todo el funcionamiento del Derecho, sino solamente ciertos elementos sobre los que el Derecho funciona, aunque no todos los elementos de ese funcionamiento. En mi opinión, en este punto también es fácil que estemos de acuerdo.

Si los iusmoralistas de los que hablamos (he mencionado a Alexy, a Dworkin y a ti) aceptan que puede existir Derecho injusto, el campo de nuestra discrepancia se acorta. No obstante, me quedan algunas dudas sobre Alexy, por ejemplo, pues con su idea de la pretensión de corrección de todo Derecho y, en la senda de Radbruch, rechaza que un Derecho muy injusto o radicalmente injusto sea verdadero Derecho. Pero seguro que no merece la pena que nos perdamos en ese tipo de disquisiciones sobre la interpretación de tal o cual autor. Dejando de lado eso, si hay Derecho válido pero injusto, la justicia no es condición de validez del Derecho y se puede identificar como auténtico Derecho uno cuyas normas sean contrarias a la moral, sea a la moral objetivamente verdadera, si pensamos que hay tal, sea a la moral que cada uno estime más correcta. Me atrevo a sugerir que, si en esto concordamos, concordamos también en la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral: podemos identificar como Derecho uno que sea injusto, o como norma jurídica válida una que sea injusta. Por eso decimos ambos que las normas injustas del franquismo eran Derecho y eran injustas.

¿Se estará acabando así esta parte de nuestro debate? Supongo que no. Explicas que «no es posible dejar fuera las consideraciones morales si se quiere identificar el Derecho, al menos en algunos casos, y sobre todo cuando se trata de nuestros Derechos, los del Estado constitucional». De nuevo me surgen dudas sobre cuál es el significado preciso de esa afirmación. Para empezar, depende de qué sentido le demos ahí a «identificar el Derecho». Si quieres decir que no podemos identificar como Derecho aquel que sea inmoral o injusto, nuestro aparente acuerdo de hace un momento se disuelve, pues estarías diciendo que no es Derecho (y por tanto, no es identificable como tal) un Derecho injusto o muy injusto. Si lo que indicas es que para entender o captar en toda su profundidad un determinado Derecho hemos de tener en cuenta la moral que hay por detrás del mismo, ya que todo sistema jurídico refleja o es resultado de una cierta moral social o de la autoridad emisora, entonces tanto vale decir que hay una determinada moral por detrás o en el substrato de nuestro orden constitucional actual, como había otra moral determinada como base o sostén del Derecho franquista o del Derecho de los reinos medievales. Eso no condiciona nuestra identificación del respectivo Derecho como Derecho, pero ciertamente nos ayuda a entenderlo mejor y, si somos operadores del sistema jurídico en cuestión, nos permitirá poner nuestras decisiones jurídicas en sintonía más profunda con las normas de ese sistema que utilizamos (si es que estamos

de acuerdo con su sustrato moral y queremos respaldar ese sistema jurídico y no socavarlo, por ejemplo haciendo «uso alternativo del Derecho»). Si acaso, nuestro debate quedaría en buena parte circunscrito a qué significa «identificar el Derecho» o qué se presupone al identificar un Derecho como Derecho. Y, desde luego, sin asumir la carga moral y política de cualquier sistema jurídico no vamos a comprender bien la eficacia de sus normas.

Aceptemos que, como manifiestas, los sistemas jurídicos del Estado constitucional actual son expresión de ciertas concepciones morales. Creo que si conocemos y explicitamos esas concepciones morales, entendemos mejor tales Derechos, de la misma manera que si conocemos y explicitamos la moral subyacente al Derecho y el Estado franquista, los entenderemos mejor y nos explicaremos mejor su funcionamiento. Lo que dudo es que por eso «identifiquemos» mejor esos sistemas jurídicos como sistemas jurídicos y sus normas como normas jurídicas. Porque en la «identificación» sigue estando la clave: tal o cual norma del Derecho franquista yo la veo como injusta (desde mis convicciones morales), como expresión de una moral que me parece incorrecta o con la que discrepo (desde mis convicciones morales) y, sin embargo, la identifico como Derecho; Derecho injusto o inmoral, pero Derecho. Y tú igualmente, si te mantienes en que un Derecho injusto no deja de ser Derecho. Será Derecho, por tanto, en función de otras pautas, que ya no serán pautas morales. El contenido de la moral de base, por consiguiente, no tiene valor identificativo del Derecho, aunque tiene un importante valor explicativo de los contenidos de ese Derecho y, las más de las veces, de las prácticas en y con ese Derecho. Del mismo modo que una acción humana deliberada no la identificamos como acción humana deliberada por el hecho de que su autor sea católico, pongamos, pero si tomamos en cuenta esa su condición de católico, comprenderemos mejor ciertos aspectos de esa acción de tal sujeto, la explicaremos de manera más completa.

También concuerdo contigo en que «el argumento jurídico de tipo justificativo contiene siempre un fragmento moral». Lo contiene, añadiría yo, por activa o por pasiva, por lo que se dice y hasta por lo que se asume sin decir o se calla. Pero eso nos hace ver una dimensión de la práctica con el Derecho, no un componente de la materia prima del Derecho, si así se puede decir. Salvo que pensemos que el Derecho se agota en esa práctica, que no es más que esa práctica. Cuando alguien dispara con una pistola, siempre hay un componente moral de su acción, sea porque dispara a alguien, sea porque trata de no herir a nadie (por ejemplo, está haciendo prácticas de tiro). Pero ese componente moral no es parte de la pistola, sino de la acción del sujeto. Y retornamos una vez más a los alcances que para la teoría del Derecho proponemos. Tú, por seguir con la analogía y en lo que sirva, solamente consideras interesante en verdad una teoría de los disparos. A mí me parece que tiene su interés grande una teoría de la pistola o de las armas de fuego. Porque, además, será una parte importante de una completa y útil teoría de los disparos o del tiro.

La teoría positivista no excluye ni es incompatible con la teoría moral, con la teoría de la justicia, con la sociología jurídica, con la ciencia política, con el análisis económico del Derecho, etc. Los positivistas simplemente pensamos que todas esas otras teorías se construirán mejor y más coherentemente si distinguen cada objeto, sin perjuicio de que los objetos en la práctica se entremezclen (una acción puede ser jurídica, inmoral, ineficiente, económicamente inconveniente, estéticamente horrible, etc.). El iuspositi-

vista cultiva así la teoría del Derecho, a sabiendas de que es una teoría modesta porque, como tal, no da respuesta a las grandes cuestiones de la ética o de la filosofía política, igual que la anatomía no da indicaciones sobre la manera de curar el cáncer, aunque es muy conveniente que un oncólogo domine la anatomía, por ejemplo para que no se le ocurra decir que el cáncer es una enfermedad del alma. Yo creo en la necesidad y utilidad de una buena y rigurosa teoría de la justicia y de una buena y rigurosa teoría moral y tú has hecho muy buena y rigurosa (y hasta interesante) teoría del Derecho. Entonces, ¿por qué o sobre qué debatimos en realidad?

Lo del voto de castidad sí me deja preocupado. Pero no sé si la imagen hace justicia. Porque, por esa vía, se podría responder que los iusmoralistas pretenden estar con varias parejas simultáneamente, mientras aseguran que en el fondo es la misma o que todas sus «aventuras» son nada más que vivencias de una única y suprema relación o hasta partes del único y mismo matrimonio basado en el amor. Como quien dice, la tesis del «caso especial» de Alexy. Cierto es que esa manera de aplicar la razón práctica resultará muy estimulante y satisfactoria, eso no te lo niego.

**Manuel Atienza:** Has planteado una multitud de cuestiones, y de gran interés. Me va a ser difícil contestar con la brevedad que me había propuesto en este diálogo.

En primer lugar, creo que es un buen método de discusión esforzarse, como tú lo has hecho, por acotar bien los puntos de acuerdo y de desacuerdo. Evita perder tiempo y facilita discutir sobre lo que realmente es importante. Y estoy de acuerdo contigo en que nuestras discrepancias parecen girar en torno a la cuestión (o las cuestiones) de si puede separarse el Derecho y la moral al identificar el Derecho y al llevar a cabo (en el Derecho) un razonamiento de tipo justificativo. Empiezo por ahí, y luego iré (o volveré) a la cuestión que probablemente más nos separa: qué tipo de teoría del Derecho defiende cada uno de nosotros.

Tienes razón en que hablar de «identificar el Derecho» puede no ser suficientemente preciso, puesto que la expresión se puede entender en diversos sentidos. A lo que yo me refería con ello no era tanto a si se puede o no afirmar que la norma N o el sistema jurídico S aun siendo injustos –contrarios a la moral–, sin embargo, son Derecho. Sobre esto podemos estar más o menos de acuerdo, aunque con algún matiz (quizás tú lo consideres como más que un matiz). Yo creo, por ejemplo, que Alexy hizo bien, tenía razón, al defender la llamada «cláusula de Radbruch» y considerar que el Derecho (un elemento del mismo, como una norma) extremadamente injusto no es Derecho, no puede considerarse como Derecho válido. Pero ten en cuenta cual era el contexto práctico en el que se insertaba la discusión: los casos que se les plantearon a los jueces alemanes después de la segunda guerra mundial y después de la unificación alemana (el caso de los llamados «tiradores del muro») a la hora de enjuiciar determinados comportamientos («criminales») que no serían contrarios a las normas establecidas por las autoridades: en la época nazi y durante la vigencia de la DDR. Me parece que la tesis de Radbruch (y de Alexy) es preferible a su alternativa iuspositivista pero, al mismo tiempo, esa «cláusula de Radbruch» no puede operar ya (porque es innecesaria) en el contexto del Derecho de los Estados constitucionales. En estos sistemas jurídicos, negar validez a una norma (a una ley u otro tipo de disposición) por ser contraria a algún principio constitucional (principios que incorporan, como sabemos, exigencias morales: desde

luego, la que Radbruch tenía en cuenta al defender su postura –que no se tratara de una norma puramente arbitraria–) forma sencillamente parte de lo que se considera el funcionamiento normal de los mismos. Y no hace falta que entremos en la cuestión (de detalle) de si ese poder se le reconoce a un solo tribunal o a todos ellos. Eso son –creo que estamos de acuerdo en esto– detalles que no afectan al sentido general de lo que estoy defendiendo: en nuestros Derechos no necesitamos ya la «cláusula Radbruch», porque disponemos de mecanismos incorporados en el Derecho (en los materiales jurídicos) para lograr el propósito que le animó a él (o a Alexy cuando defendió determinada manera de proceder de los jueces alemanes).

Pero, de todas formas, cuando yo hablaba de «identificar el Derecho» a lo que me refería no era a eso, sino que estaba pensando, fundamentalmente, en supuestos, en casos difíciles, en los que no basta con identificar un texto jurídico (la «materia prima» como tú la llamas) para saber cuál es la respuesta que el Derecho (por ejemplo, el Derecho español) da, pongamos, a la cuestión de si es o no conforme al mismo una institución como la del matrimonio entre personas del mismo sexo. Pues bien, cuando el Tribunal Constitucional tuvo que contestar a esa pregunta y dijo, como sabemos, que la Constitución no se oponía a esa institución (tampoco dijo que la exigiese), ese juicio involucra necesariamente consideraciones morales (juicios de valor), aunque tanto la mayoría del Tribunal como quienes plantearon votos disidentes (pienso, en particular, en nuestro colega Andrés Ollero) construyeron una argumentación que, en forma explícita, no contenía referencias morales. Pero eso, claro está, no resulta creíble. La ideología positivista de unos y de otros (y el que Ollero, según creo, siga considerándose en algún sentido iusnaturalista no hace aquí al caso) les llevó, en mi opinión, a omitir premisas morales, sin las cuales sus razonamientos, simplemente, no pueden entenderse. Y con esto, ambas cuestiones –la identificación del Derecho y el razonamiento jurídico justificativo– han terminado por juntarse, precisamente porque la identificación del Derecho exige a veces (en el fondo, siempre) un razonamiento moral.

Lo cual me permite pasar ya a la cuestión general a propósito de la concepción de la teoría del Derecho (y del Derecho) que es, efectivamente, en donde radica la mayor diferencia entre nosotros.

Tú tienes una concepción del Derecho como un objeto (consistente en normas, normas de diversos tipos) que tratas de describir con tu teoría positivista y que no descartas que se pueda también explicar (por qué existen normas con tales y cuáles contenidos, etc.) echando mano de elementos sociológicos, económicos, etc. Para mí, el Derecho no es sólo un sistema de normas (por supuesto que también es eso) sino, centralmente, una tarea práctica, una actividad, con la que se trata de alcanzar determinados objetivos, de satisfacer ciertos valores (manteniéndose dentro de los límites que el sistema traza). Haces referencia a ello al final de tu última intervención, pero aquí quisiera aclarar un par de cosas. Una es que yo no digo que lo único que cuente sea la práctica; digo que ese es el elemento más importante y, además, entiendo la práctica en un sentido amplio, de manera que en ese concepto incluyo también «prácticas teóricas», como la dogmática jurídica o la propia teoría del Derecho: son prácticas, porque yo creo que debemos verlas, sobre todo, como actividades dirigidas a lograr ciertos resultados; no son simplemente conjuntos de enunciados. La otra cosa a aclarar es que, aunque tú hablas varias veces de que el positivismo se centraría tanto en la anatomía como en la

fisiología del Derecho (para diferenciarlo de la perspectiva valorativa, de cómo debería ser el Derecho), no me parece que esto sea cierto, si estamos pensando en el positivismo normativista, en la tradición kelseniana; precisamente, una de las críticas que Fuller (yo creo que con toda razón) le dirigía a Kelsen y a los positivistas (aquí habría que excluir a los realistas) iba por ahí: se interesaban únicamente por la anatomía y no por la fisiología, por el funcionamiento *real* del Derecho.

Si, como te digo, mi aproximación teórica al Derecho trata de ser esencialmente de carácter práctico, eso se debe a que el propio Derecho es una realidad práctica. La situación, yo creo, guarda una gran semejanza con lo que ocurre en la Medicina. Quiero decir que a mí no me parece, por ejemplo, que la función esencial de la dogmática jurídica sea la de describir un fragmento del ordenamiento jurídico y presentarlo de manera sistemática. Esas son, yo diría, operaciones más bien auxiliares (aunque indispensables) en relación con lo que juzgo esencial: la función normativa, consistente en guiar la labor de los legisladores y de los jueces. Y algo semejante se puede decir también de la teoría del Derecho. Aquí, a propósito de la famosa contraposición entre Hart y Dworkin, yo creo que era este último el que llevaba la razón: la teoría del Derecho no puede ser simplemente descriptiva o conceptual (consistente en analizar conceptos), sino que tiene una dimensión normativa inescapable. El paralelismo con lo que ocurre en la Medicina me parece que es bastante claro, pero no cabe entrar aquí en ello.

Bueno, tú podrías replicar quizás (así lo hizo Eugenio Bulygin en una polémica que tuve con él hace unos años) que son dos enfoques distintos y que no hay razón (o razón determinante) para optar por uno de los dos. Pero yo no creo que las cosas sean así. Me atrevo a afirmar que el enfoque que yo propongo (que, diría, es el iniciado –en los tiempos más o menos recientes– por von Ihering y seguido luego por los realistas jurídicos y quizás hoy por el llamado constitucionalismo –no neoconstitucionalismo–) es superior, entre otras cosas, porque incluye al otro y va más allá. O sea, insisto, yo no niego que el Derecho sea (que pueda verse como) un conjunto o un sistema de normas. Lo que digo es que no es sólo eso, que uno no puede quedarse ahí. Por eso, cuando se trata de estudiar un determinado problema jurídico –supongamos, el de las lagunas– puede estar muy bien comenzar examinando la teoría positivista sobre el asunto; por ejemplo, la diferencia entre laguna normativa y laguna axiológica. Pero no se puede quedar uno ahí, sino que tiene que abordar también la cuestión de cómo resolverlas y eso, en mi opinión, conduce inevitablemente a la ponderación, esto es, a ocuparse de un tipo de actividad de la que, como sabemos, tú no eres muy partidario. Te refiero sobre esto, sobre las lagunas, una anécdota personal que, me parece, viene al caso.

Durante mucho tiempo, me pareció que la crítica que Alchourrón y Bulygin hacían a la teoría tradicional que negaba la existencia de lagunas en el Derecho era acertada. Lo que los juristas venían a decir era que en el Derecho no hay lagunas, puesto que existen jueces que tienen la obligación de solucionar todos los casos que se les presentan. A lo que Alchourrón y Bulygin replicaban que pensar así equivalía a afirmar que los pantalones no pueden tener agujeros, porque hay sastres encargados de remendarlos. Pero, claro, luego me di cuenta de que quienes tenían razón, en el fondo, eran los juristas tradicionales, aunque quizás su argumentación no estuviera formalmente bien elaborada. O sea, si vemos el Derecho simplemente como un conjunto de normas, de enunciados (los existentes en un momento T), entonces parece claro que sí pueden presentarse

lagunas, casos para los que el sistema no provee ninguna solución. Pero si en lugar de eso lo vemos como una actividad, como una práctica, entonces tiene sentido decir que no hay lagunas en el Derecho. Quizás otra forma de expresarlo consiste en decir que existen (pueden existir) lagunas en el nivel de las reglas jurídicas, pero no cuando se considera todo el Derecho (también los principios y las operaciones consistentes en utilizarlos para resolver problemas jurídicos).

En fin, para terminar mi exposición con una nota de humor. Lo que yo achaco a los positivistas es que hagan voto de castidad. Pero me doy cuenta de que no siempre lo siguen, lo que puede ser un signo alentador. Recuerdo que, en una ocasión, Riccardo Guastini le reprochó a Kelsen que, cuando este último se había puesto a estudiar la Constitución soviética, había abandonado los presupuestos de la teoría pura y se había fijado más que en las normas formalmente válidas, en las normas eficaces, pues ocuparse únicamente de lo que «el Derecho en los libros» decía al respecto resultaba verdaderamente de escaso interés. Y yo aproveché esa circunstancia para reprocharle a su vez a Guastini el haber hecho más o menos lo mismo que Kelsen, en relación con no se qué problema relativo a la interpretación de un artículo de la Constitución italiana: no se limitaba ni mucho menos a describir y a efectuar análisis conceptuales, sino que enunciaba tesis claramente normativas. Y ahora me pregunto: ¿no harían mejor los positivistas renunciando lisa y llanamente al voto de castidad? Yo creo que eso tendría efectos –también teóricos– sumamente liberadores.

**Juan Antonio García Amado:** Se van centrando bien nuestros puntos de vista. Para mí el Derecho es un «objeto» consistente en un conjunto de normas de naturaleza peculiar que conforman lo que llamamos sistemas u ordenamientos jurídicos, en virtud de ciertas relaciones internas a dichos sistemas y reguladas por esos mismos sistemas. Ese «objeto» se utiliza en determinadas prácticas, que son prácticas jurídicas. Para ti el Derecho es «centralmente, una empresa práctica, una actividad, con la que se trata de alcanzar determinados objetivos, de satisfacer ciertos valores (manteniéndose dentro de los límites que el sistema traza)». Admites que esa práctica usa aquella «materia prima» que es necesario identificar, pero, para ti, lo esencial del Derecho es la práctica, y por eso una teoría del Derecho tiene que ser, ante todo, una teoría de la práctica del Derecho o del Derecho como práctica. Son distintas maneras de concebir el alcance de la Teoría del Derecho y puede que sobre eso no valga la pena discutir mucho, pues yo también creo que es importantísimo hacer buena teoría sobre la práctica del Derecho y sus claves.

El fondo de nuestro debate en este punto se encuentra en otro tema, que trataré ahora de aclarar. Para ti, repito, el Derecho es antes que nada una práctica, pero esa práctica está subordinada a ciertos objetivos y a la satisfacción de determinados valores. En esto me surgen dos preguntas. Una, la de si esa práctica sigue siendo Derecho (práctica del Derecho como elemento central de lo jurídico) cuando esos objetivos no se logran (o se logran deficientemente) o cuando tales valores no se satisfacen (o se satisfacen deficientemente, o no todo lo perfectamente que era posible).

Siguiendo lo que podemos llamar el planteamiento clásico de la discusión, yo me había referido al problema de la validez, como Derecho, de la norma (muy) injusta o del sistema jurídico (muy) injusto, y por ahí habían venido, por ejemplo, nuestras menciones de la «cláusula Radbruch». Tú aceptas que la norma injusta puede seguir siendo vista o

identificada como Derecho, como parte de aquella «materia prima» de lo jurídico. Pero a ti ese enfoque clásico no te afecta mucho, puesto que tú ves el Derecho como práctica más que como «objeto» o «materia prima» de la práctica. Por tanto, para resaltar nuestras diferencias, la discusión debe ser llevada ahí, al problema de si la práctica jurídica con resultado injusto sigue siendo Derecho, sigue siendo práctica verdaderamente jurídica. Por ejemplo, si es jurídica (o lo es plenamente) una sentencia injusta, aun cuando formalmente sea una intachable aplicación de la norma formalmente válida y sea esa norma justa o injusta. Contemplado el Derecho ante todo como práctica, no importan preferentemente los criterios de validez de las normas, sino los criterios de validez de la práctica y, si no entiendo mal, los criterios de validez de la práctica son, al menos en parte, independientes de los criterios de validez de las normas.

Así puestas las cosas, ante una sentencia que no rebase los límites semánticos de la norma formalmente válida que viene al caso, el positivista dirá que es una sentencia conforme a Derecho, aunque esa sentencia sea injusta o aunque no sea la más justa de las sentencias posibles a tenor de la norma que viene al caso. El positivista separa la validez jurídica y la validez moral de la decisión jurídica, y al calificar esa sentencia combina dos pautas sistemáticas diferentes, la jurídica y la moral. Eso le da al positivista tres resultados posibles, como fruto de las combinaciones de esos dos criterios normativos: una sentencia puede ser conforme a Derecho y justa, conforme al Derecho e injusta y no conforme al Derecho y justa. En cambio, al ver tú el Derecho como práctica y como práctica condicionada por la sumisión a ciertos objetivos y valores, no observas como jurídica (o plenamente jurídica) la sentencia que desentone de esos objetivos y valores. Si pensamos que, por decirlo simplificado, uno de esos valores, o el valor capital, es la justicia, para ti no será (plenamente) jurídica la sentencia injusta, aunque sea una correcta aplicación de la norma que viene al caso; y será plenamente jurídica la sentencia justa, aunque no se atenga a la norma que viene al caso (por ejemplo, porque hay una laguna axiológica para ese caso).

Pero, en mi opinión, aun con esa tu concepción del Derecho como práctica (y como práctica a la que también tiene que guiar la moral o la justicia para que sus resultados sean jurídicos, sean Derecho en plenitud), es ineludible volver a tratar de la materia prima de lo jurídico, las normas que anteceden a la práctica y la guían. Si para que sea jurídico el resultado de la práctica (*v. gr.* la sentencia) debe ser acorde con la moral o justicia, tendremos que entender insoslayablemente dos cosas: a) que tales normas morales o de justicia anteceden a la práctica misma; b) que esas normas de moral o justicia son parte de la materia prima del Derecho, componentes necesarios del sistema jurídico; sistema jurídico que, así, está integrado por normas jurídico-positivas y normas morales o de justicia, hallándose estas por encima de las otras. Un tercer requisito es, creo, que en la práctica ha de poder conocerse el contenido prescriptivo de dichas normas morales o de justicia con suficiente precisión como para que podamos ver la decisión del caso como determinada por ellas y no como producto de la discrecionalidad o las preferencias valorativas subjetivas del que decide.

Sirve para ilustrar todo esto el ejemplo que propones, el de la sentencia constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. El TC tenía que decidir si es constitucional o no la norma legal que lo permite. Específicamente sobre el matrimonio, la Constitución sólo dice (artículo 32.1) que «El hombre y la mujer tienen derecho a

contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Las interpretaciones posibles de tal enunciado constitucional son dos, y de sentido contrapuesto para el tema de la constitucionalidad de tal norma legal. Es un caso difícil porque la solución no está tasada expresa y claramente en la Constitución. Tú explicas que se trata de saber «cuál es la respuesta que el Derecho da». Si el Derecho es práctica, el Derecho en la sentencia, da la respuesta. Pero ¿la respuesta que el Derecho da, en un caso así, es la que da la sentencia, sea lo que sea lo que la sentencia diga, o la respuesta está en el Derecho (antes de la práctica, antes de la sentencia) inequívocamente predeterminada en algún principio o valor constitucional? Si es lo primero, el Derecho, como práctica, es práctica propiamente decisoria: la sentencia determina lo que para el caso sea Derecho. Si es lo segundo, la práctica jurídica no es decisoria en sentido fuerte o propio, sino práctica aplicativa de una solución correcta predeterminada en algún componente normativo de la Constitución, sea un principio o un valor. Supongamos esto último, que es tanto como suponer que hay una única respuesta correcta para esos casos difíciles, y supongamos que tú o yo opinamos que la única respuesta correcta para este caso fuera la de que es constitucional la norma legal en cuestión. ¿Qué diríamos, entonces, si el TC hubiera decidido que la norma era inconstitucional? La práctica del Derecho habría dado ese resultado. Si es el resultado del Derecho porque es lo que ha resultado del Derecho como práctica, el Derecho, en tanto que práctica, consiste meramente en un conjunto de decisiones prácticas, como sentencias, sea cual sea el contenido de esas decisiones (al menos en estos casos que son difíciles porque no hay una solución taxativa predispuesta en ninguna norma positiva de contenido claro).

Considero que no es esa tu visión del Derecho como práctica. Entonces nos queda la otra alternativa: no todas los resultados de la práctica del Derecho forman parte propiamente del Derecho como práctica, sino sólo los resultados correctos. ¿Correctos según qué? Correctos según la moral o justicia, o correctos según ciertos principios o valores de contenido directamente moral. Así visto, la idea de que el Derecho es esencialmente práctica se relativiza un tanto, pues no se trata de la práctica consistente en establecer qué sea el Derecho (al menos para los casos difíciles), sino en averiguar (y luego aplicar) cuál es la solución correcta para los casos, partiendo de que la pauta de corrección es una pauta en el fondo moral. Así, la práctica del Derecho es principalmente una práctica de razonamiento moral en el marco de una moral objetivista. A los jueces constitucionales, entonces, no les reconocemos discrecionalidad, sino, todo lo más, derecho a equivocarse cuando yerran y no dan con la respuesta correcta para el caso.

Estamos de acuerdo en que, lo reconozcan o no, en este tipo de casos los jueces hacen razonamientos morales (y de otro tipo). Si el Derecho es práctica y en esa práctica hay razonamientos morales, el Derecho tiene un componente moral. Ahí tienes razón, asumidos esos dos presupuestos tuyos (que el Derecho sea práctica y que en la práctica jurídica influyan las consideraciones morales). Pero el que yo asumiera esto no me comprometería a aceptar la tesis de que haya para cada caso difícil una única respuesta correcta, a no ser que llamemos única respuesta correcta a la que el juez como tal piense y elija. Para que la tesis de que en la práctica jurídica están presentes contenidos morales no resulte trivial por obvia e indiscutible, debemos dar por sentado que la práctica jurídica consiste o desemboca en decisiones que deben ser correctas por acordes con la moral verdadera. Para aceptar esta tesis hace falta, para empezar, ser

objetivista moral; pero ni siquiera el objetivista moral tiene por qué aceptar esta tesis. Pues el objetivista moral puede decir que un determinado resultado de la práctica del Derecho es a la vez plenamente jurídico y moralmente erróneo. Puede que en esto se halle una diferencia relevante entre nosotros, pues yo creo que si el TC hubiera decidido que es inconstitucional la ley sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, sería una decisión perfectamente jurídica, aunque me pudiera parecer injusta o no la más acorde con ciertos principios constitucionales, *tal como yo los entiendo y los interpreto*.

Sobre las *lagunas*. Según tu concepción, hay lagunas en el nivel de las reglas, de los enunciados, pero no hay lagunas en el Derecho. Evidentemente, porque, para ti, el Derecho es algo más que un conjunto de reglas o enunciados. Rechazas una parte de la teoría tradicional que negaba la existencia de lagunas, pues se basaba en que todo caso acaba siendo en Derecho decidido, merced a la obligación de los jueces de fallar en cada asunto de su competencia. Entonces, tu afirmación de que no hay lagunas en el Derecho ha de tener otro fundamento. La primera razón que das es que el Derecho es práctica. Pero esa razón es compatible con la de la teoría tradicional, para la que era la práctica, el dictado de sentencias, lo que evitaba que existieran lagunas. Por tanto, el que el Derecho sea práctica no es tu razón principal para que el Derecho no tenga lagunas. Tu razón, si no te malinterpreto, está en el tipo de práctica que el Derecho es, una práctica en la que no sólo se aplican reglas (en el sistema de las reglas hay lagunas), sino también principios. Los principios, tal como explicas, son utilizados en operaciones para resolver problemas jurídicos. En consecuencia, si no es la mera práctica de fallar cada caso en las sentencias lo que hace que no haya lagunas, no resta más que una salida: un sistema compuesto por reglas y principios es un sistema completo, sin lagunas. Además, si, sean cuantas sean las lagunas en el sistema de las reglas, el Derecho no tiene lagunas, tenemos que concluir que el sistema que, en sí, es completo es el sistema de los principios. Por tanto, un sistema carente de reglas y compuesto solamente de principios sería un sistema completo, exento de lagunas.

Me pregunto si nuestro sistema jurídico vigente tiene, a día de hoy, lagunas. Según tu punto de vista, debemos contestar que no. No hay lagunas en nuestro sistema porque en él están presentes principios. ¿Pero cuáles principios y cómo están presentes en el sistema? Una respuesta puede ser la de decir que en el Derecho español actual están expresamente enunciados y, por tanto, positivados todos los principios. Imaginemos que nos ponemos a enumerarlos y hacemos una lista: P1, P2... Pn. Concluimos que esos principios son todos los principios posibles como principios jurídicos. Y nos damos de bruces con una sorpresa: se habría consumado al fin el viejo ideal de la Codificación y del legislador decimonónico. La diferencia sería que mientras en aquel tiempo se pensaba que el legislador puede enumerar todas las reglas para cualquier caso posible, sin dejar lagunas, hoy se piensa que el constituyente (pues siempre se piensa ahora en principios constitucionales) puede enumerar todos los principios para cualquier caso posible, sin que resten lagunas. Esa es una tesis demasiado extrema y me parece que tú no la mantienes. Además, muchos autores antipositivistas mencionan o mencionáis la existencia también de principios constitucionales implícitos, no enunciados expresamente en las constituciones.

¿Qué alternativa queda? La de sostener que el Derecho no tiene lagunas porque, aunque los principios enunciados en las constituciones no sean todos los principios

necesarios para que sea completo el sistema de los principios (si no es completo el sistema de los principios, en el Derecho podrá haber lagunas), el sistema de los principios se completa con principios morales que valen como Derecho aun cuando no se hallen enunciados en la Constitución. Ya va a dar igual, entonces, que los llamemos principios constitucionales implícitos (dependerá de cómo definamos «implícito») o que los llamemos principios morales que, en sí y por sí, son también Derecho y deben aplicarse en la práctica jurídica.

Si no ando completamente descaminado en lo anterior, estamos dando un salto mortal, puede que sin red. Con esto ya vamos mucho más allá de los problemas del objetivismo moral. El objetivismo moral sólo afirma que existe una moral objetiva y, por consiguiente, verdadera; o, si preferimos decirlo de otro modo, que existen principios morales objetivamente verdaderos. Mas la tesis de que los principios morales objetivamente verdaderos formen parte del Derecho es una tesis independiente del objetivismo moral, en el sentido de que nada compele lógicamente o racionalmente al objetivista moral a abrazar esa tesis. Esa es una tesis de Teoría del Derecho, es una tesis sobre la naturaleza del Derecho, no sobre la naturaleza de la moral. Y más todavía, tal tesis es también independiente de la idea de que el Derecho sea centralmente una práctica, ya que se puede aceptar que el Derecho es centralmente una práctica sin presuponer que de dicha práctica formen parte los principios morales objetivamente verdaderos.

¿A dónde quería yo ir a parar con lo anterior? A lo siguiente: que ni el entender el Derecho como práctica ni el ser objetivista moral (tú planteas el Derecho como práctica y te dices objetivista moral) justifican suficientemente la tesis de que del Derecho forman parte principios morales, incluso principios morales no expresamente enunciados o recogidos en la Constitución o en el resto del sistema jurídico-positivo, y de que esos principios son suficientes y suficientemente precisos en su contenido para cada caso, como para concluir que en el Derecho no existen lagunas.

Yo, positivista en cuanto a la Teoría del Derecho, entiendo el viejo iusnaturalismo, aunque no lo comparto. El iusnaturalismo nos dice qué es y dónde está el derecho natural. A los actuales iusmoralistas os entiendo peor, ya que no consigo dar con vuestra explicación sobre dónde están y por qué son Derecho (sentado que, para vosotros, no son derecho natural) y cómo pueden conocerse en sus contenidos esos principios morales que a la vez son plenamente jurídicos, y que son tantos y tan claros como para que el Derecho no tenga lagunas y para que pueda suponerse para cada caso difícil una única solución correcta.

**Manuel Atienza:** Empiezo por el final, o sea, refiriéndome a tus últimas palabras y aclarándote –aunque sería innecesario hacerlo– que no hay ningún sarcasmo por mi parte: efectivamente, creo que, a los que llamas «iusmoralistas» (me parece que no es la expresión mejor –yo prefiero «postpositivistas»– pero, en fin, tampoco es muy importante), nos entiendes muy mal. Y creo que esto ocurre porque, en efecto, nuestras maneras de aproximarnos a la teoría del Derecho (y al Derecho) son, en un cierto punto, muy distintas. Voy a tratar, por ello, de aclarar en qué consiste mi tesis fundamental al respecto: la de la primacía de la práctica. Aunque antes tengo que mostrarte también mi satisfacción por la diferencia que estableces entre el «viejo iusnaturalismo» y una concepción como la mía. Efectivamente, tienen poco que ver si por «viejo iusnaturalismo»

entendemos la forma usual de interpretar entre nosotros el Derecho natural. Aunque mi manera de ver las cosas –el Derecho– se acerca, sin embargo, bastante (digamos, en lo que a aproximación metodológica se refiere) a la de Aristóteles. En mi Curso de argumentación jurídica, y basándome en parte en trabajos de Jesús Vega, incluí, provocativamente, un texto que titulé así: «¿Fue Aristóteles el primer postpositivista?». En algún sentido, yo creo que sí.

Bueno, vamos a lo de la práctica. Por lo que me ha parecido entender (y quizás sea yo el culpable de la confusión, pues te diré que no eres el único que así me ha interpretado) tú consideras que mi tesis de la primacía de la práctica equivale a decir que el Derecho es práctica y, más en concreto, que el Derecho es lo que dicen o establecen los jueces. O sea, me conviertes en un realista jurídico. Pero esa no es realmente mi postura. Como antes te decía, a mí no me cabe duda de que el conjunto de las normas establecidas por la autoridad en un momento determinado, el sistema jurídico, es un aspecto fundamental del Derecho. Eso explica la relevancia del normativismo jurídico, de ese enfoque del Derecho. Pero eso no es, en mi opinión, a todo a lo que nos referimos cuando hablamos del Derecho. Para el juez o el abogado que tienen que encontrar una solución a un problema jurídico, el ordenamiento viene a ser algo así como la materia prima, la «base de conocimiento» con la que debe usarse un «motor de inferencia» (método de análisis, instrumentos argumentativos, criterios de corrección, etc. que, por lo demás, no son completamente ajenos a las normas establecidas) de manera que pueda llegarse a la solución del problema. Pero, por supuesto, el Derecho no es (no es sólo) lo que hacen y deciden los jueces. Eso forma parte de la práctica, pero no es toda la práctica. Y te insisto de nuevo en que, para mí, también las prácticas teóricas (como la de la dogmática jurídica o la teoría del Derecho) forman parte del Derecho en un sentido amplio, si bien, en un sentido más restringido (o en algún aspecto), pueden considerarse como realidades distintas. Por lo demás, es obvio que también otros procesos, como el de la producción legislativa del Derecho, deberían considerarse como parte de esa práctica.

Pero me parece que la diferencia (el malentendido fundamental) no estriba tanto en ese punto, cuanto en este otro. Tú me atribuyes la tesis de que la práctica está «subordinada» a ciertos objetivos y valores y que «los criterios de validez de la práctica (estás pensando en la práctica judicial) son, al menos en parte, independientes de los criterios de validez de las normas». Pero no es exactamente así. O sea, no es que la práctica esté subordinada a ciertos objetivos y valores, sino que esos objetivos y valores «forman parte» de la práctica. Y, por supuesto, los criterios de validez de la práctica (estamos refiriéndonos a la práctica judicial) no pueden ser «independientes» de los criterios de validez de las normas: simplemente, porque esas normas constituirían premisas de los razonamientos prácticos (justificativos) de los jueces; y los jueces no pueden justificar adecuadamente una decisión si manejan premisas normativas que no se adecuen a los criterios de validez que el sistema provee.

Con ese presupuesto, me parece que se puede dar con facilidad una contestación a la pregunta que tú formulas: si la práctica sigue siendo Derecho cuando la misma (por ejemplo, la decisión de un tribunal) no realiza los objetivos y valores que consideramos caracterizan la práctica. Y la respuesta obviamente es que sí, que tenemos muchas normas legisladas que resultan deficientes en cuanto no son las óptimas para desarrollar adecuadamente la práctica y que muchas (o un cierto número) de las resoluciones de los

jueces y tribunales no contribuyen a hacer avanzar la práctica, sin que por ello, las normas y las sentencias, dejen de pertenecer a la práctica. Pasa lo mismo que en la medicina y que en el resto de nuestras prácticas: no todos los medicamentos tienen los efectos curativos previstos, no todos los diagnósticos son certeros, no todas las intervenciones quirúrgicas acertadas. Aunque te diré también (creo que es algo que ponía en mi libro de Introducción al Derecho) que parece razonable decir que un Derecho (el sistema y la práctica) que dejara completamente de lado la finalidad de la justicia (entendida como no arbitrariedad: de nuevo, la cláusula de Radbruch) no es ya propiamente un Derecho, de la misma manera que tampoco diríamos que Mengele ejercía de médico en Auschwitz. O sea, hay un mínimo de satisfacción de los valores de la práctica requerido para poder decir que estamos en esa práctica. No es cierto, en contra de lo que pensaba Kelsen (pero no Hart), que el Derecho pueda tener cualquier contenido.

Y ahora voy a la aplicación práctica de lo anterior en relación con las lagunas. Efectivamente, tienes razón al decir que cuando yo afirmo que no hay lagunas en el Derecho me estoy refiriendo al Derecho entendido como conjunto de reglas y principios, y también como la práctica de aplicar esas reglas y principios a la resolución de casos. Por supuesto, los principios jurídicos (como las reglas) no son sólo los explícitamente formulados: hay también reglas y principios implícitos; que en ocasiones puede resultar difícil y discutible establecer cuáles son es otra cuestión sobre la que discutimos en nuestro librito conjunto sobre la ponderación, y en la que aquí no entro. Pero nunca se me ha ocurrido decir que los principios morales objetivamente verdaderos forman sin más (por ese solo hecho) parte del Derecho. En primer lugar, porque nunca he hablado de principios morales verdaderos; yo soy un objetivista, pero no un realista, moral, aunque últimamente tiendo a pensar que podría haber algún sentido en el que el realismo moral (o cierto realismo moral, o cierta forma de entender el realismo moral) resulta aceptable. Y en segundo lugar, y fundamentalmente, porque estoy muy lejos de pensar que el Derecho y la moral (la práctica jurídica y la práctica moral) se identifican. Diría que se solapan y que se necesitan mutuamente (son «conceptos conjugados»). Pero son prácticas *relativamente autónomas*. Por eso no me gusta lo de «iusmoralismo».

¿Cuál es entonces, en definitiva, la diferencia entre nuestros planteamientos? Yo diría que, fundamentalmente, el tipo de preguntas que a cada uno de nosotros nos parece relevante hacerse en relación con el Derecho. Y, para mí, la pregunta fundamental es esta: ¿qué puede hacer el legislador, el juez, el abogado, etc. para resolver de la mejor manera posible los problemas a los que ha de hacer frente en su práctica? ¿Y qué contribución puede hacer al respecto la teoría del Derecho, o sea, de qué manera puede contribuir a orientar esas prácticas en el sentido de procurar potenciar al máximo los valores del Estado constitucional, los derechos fundamentales? En eso consiste para mí la primacía de la práctica.

## II

**Diálogos Jurídicos:** *La cuestión es que no creo que haya mucha diferencia entre un iusnaturalista y alguien que se tenga por positivista jurídico y objetivista moral al mismo tiempo. De hecho, la cuestión de la identificación del Derecho me parece accesoria;*

*lo que me parece realmente importante es la del objetivismo moral; si existen criterios morales objetivos que puedan utilizarse como instancia para juzgar el Derecho, llámese a éste como se quiera, y si esos criterios morales objetivos son los derechos humanos. Lo apunto por si os parece bien tratarlo.*

**Juan Antonio García Amado:** Me parece que Benjamín toca un asunto importante, sobre el que teníamos que acabar hablando. Pero tal vez no estoy muy de acuerdo con el modo en que Benjamín plantea la cuestión. Las tesis o insinuaciones provocativas de Benjamín serían las siguientes:

- A) No habría gran diferencia entre un iusnaturalista y un iuspositivista que fuera también objetivista moral.
- B) La cuestión de la identificación del Derecho es accesoria.
- C) Lo importante es saber si existen criterios morales objetivos que puedan usarse como instancias para juzgar el Derecho.
- D) Si tales criterios morales objetivos son los derechos humanos.

Paso a hacer algunas consideraciones sobre esos cuatro puntos.

*Sobre (A).* Debemos definir «iusnaturalista» en esa frase. Si, como parece obvio, iusnaturalista es el que profesa el iusnaturalismo y, por tanto, cree que existe el derecho natural, hemos de ponernos de acuerdo en cómo definir el derecho natural. No creo que tú y yo, Manolo, discrepemos en este punto y ya hemos expresado antes el acuerdo. Siempre se entiende que el derecho natural estaría formado por un conjunto de normas que tendrían las siguientes características:

(i) Son normas presentes y ancladas en la misma naturaleza humana, por eso son «naturales». Del mismo modo que yo sigo un imperativo «natural» al respirar o alimentarme, sigo un imperativo «natural» al cumplir determinadas normas. Si yo dejo de respirar o de alimentarme, hago algo contrario a mi naturaleza y acabo muriendo. Si yo no obro en consonancia con la norma «natural», contravengo igualmente mi propia naturaleza. En ese caso no me muero, pero se podría decir que me desnaturalizo o dejo de ser plenamente humano en algún sentido constitutivo.

(ii) Si están esas normas en la naturaleza misma de todo ser humano, son universales e inmutables, no cambian con la historia ni dependiendo del lugar o las culturas. Esas normas son siempre las mismas y para todos, se conozcan o se ignoren, se cumplan o se incumplan.

(iii) A las dos características anteriores se añade, en los iusnaturalismos, una tercera, que podríamos llamar funcional: dichas normas «naturales» no son meramente morales, son también jurídicas y están en la cúspide de cualquier sistema jurídico posible. Por tanto, los diversos sistemas jurídicos se diferenciarán por sus normas positivas, pero tendrán en común esas normas «naturales». Y, puesto que son comunes y supremas, cumplen la función de invalidar las normas positivas (e inferiores) que se les opongan. La norma positiva contraria al derecho natural no es ley, sino corrupción de ley, falso derecho. El derecho natural vendría, así, a ser una especie de derecho «supraconstitucional» de todo sistema jurídico.

Yo no creo que exista el derecho natural. Mejor dicho, yo creo que no existe el derecho natural. La mejor prueba se obtiene examinando la lista de normas que a lo largo de los siglos se han mencionado como de derecho natural. Nuestras actuales constituciones se oponen radicalmente a lo que históricamente se han considerado mandatos indubitados del derecho natural. No hace falta dar ejemplos, creo.

El iusnaturalismo es una variante del objetivismo moral, pero no todo objetivismo moral es iusnaturalista, ni mucho menos. Pues hay objetivismos morales que fundamentan de maneras muy diferentes la objetividad de las normas morales.

Opino que alguien puede ser a la vez y coherentemente iuspositivista y objetivista moral. Esto puedo intentar justificarlo más adelante, si conviene. En cuanto positivista, ese teórico afirmaría que es posible identificar el Derecho con independencia de su concordancia o no con las normas de la moral, incluso de la moral objetivamente verdadera. Y también afirmaría que el juicio sobre qué solución sea jurídica, por conforme con las normas del respectivo sistema jurídico, es independiente del juicio moral sobre esa solución. Por ejemplo, ese teórico diría que la sentencia de un tribunal de EE.UU. que aplica la pena de muerte según la ley del Estado que la prevé para el delito en cuestión y con arreglo a todas las normas sustantivas y procesales de ese sistema, dicta una sentencia que es jurídica, conforme a Derecho, aunque moralmente esa sentencia (y las normas en que se basa) le repugne.

En cuanto objetivista moral, ese mismo teórico sostendrá que hay pautas plenamente objetivas y cognoscibles que permiten diferenciar entre normas morales verdaderas y falsas y, en consecuencia, entre juicios morales de contenido verdadero o falso.

Lo que no se puede ser a la vez es iuspositivista y iusnaturalista, al menos si se aceptamos la muy convencional caracterización del iusnaturalismo que indiqué hace un momento. El iuspositivista iusnaturalista usaría criterios de validez (o de identificación) de las normas jurídicas y de las soluciones jurídicas incompatibles y contradictorios. Así, de una norma positiva opuesta al derecho natural diría que es válida e inválida a la vez.

En cambio, el iuspositivista objetivista moral podría decir de una norma que es jurídicamente válida y moralmente errónea, en el sentido de contraria a los mandatos de la moral objetivamente verdadera. Es el positivista que de la norma N puede afirmar que es plenamente jurídica (si cumple con los requisitos internos de ese sistema jurídico) y plenamente inmoral, con el matiz que ese juicio de inmoralidad no lo presentará como relativo su opinión o a un sistema moral en particular, sino como derivado del conocimiento de los mandatos de la moral objetivamente verdadera.

*Sobre (B).* La cuestión de la identificación del Derecho no puede ser secundaria. Si no podemos identificar el Derecho, no sabemos de qué hablamos cuando hablamos de Derecho. Cabe que discrepemos sobre los criterios de identificación, y de hecho es un aspecto principal sobre el que discrepamos iuspositivistas y iusmoralistas, pero unos y otros partimos de que es posible e imprescindible identificar el Derecho. ¿O acaso nos da a todos igual qué se enseñe en la carrera de Derecho o qué apliquen los jueces como Derecho? Si yo afirmo que la norma que permite matar a los hijos pelirrojos es parte del vigente Derecho español, se me dirá que no es así, que es falsa mi afirmación, y al explicarme por qué, se me darán criterios de identificación del Derecho.

*Sobre (C).* Claro que es importantísimo saber si existen criterios morales objetivos para juzgar el Derecho. Pero, en primer lugar, juzgar el Derecho no es lo mismo que identificar el Derecho. Uno puede identificar el Derecho del Estado X y juzgar ese Derecho como justo o injusto. En segundo lugar, un sistema jurídico, un sector del mismo, una cierta norma de él, una sentencia o una jurisprudencia establecida, etc., pueden ser juzgados desde muy diversos puntos de vista: desde el punto de vista moral, por supuesto, pero también desde puntos de vista políticos, económicos, lógicos, gramaticales, estéticos, religiosos, científico-naturales (por ejemplo, se puede enjuiciar la adecuación científica de la noción de muerte que se maneje en algunas normas o del tratamiento que las normas den a cierto tipo de contaminación química de las aguas, etc.).

La posible base objetiva de esos diversos juicios es distinta. Cuando se trate de juicios científico-naturales, confiaremos normalmente en que hay una base objetiva en la ciencia que puede permitir, al menos a los expertos, diferenciar entre el juicio científico verdadero o falso sobre cierto contenido correspondiente de una norma jurídica. Lo mismo ocurrirá con un juicio relativo a la sintaxis del enunciado de una norma. Una persona con fuertes convicciones religiosas enjuiciará una norma jurídica y estará convencida de que su juicio (por ejemplo, el de que es pecaminoso el mandato que una norma contiene) es plenamente objetivo.

En la teoría ética, el de la objetividad de los valores, las normas o los juicios morales es asunto absolutamente central. Pero la teoría ética no resuelve la pregunta que en este apartado viene a cuento una vez que cada cual haya respondido a la anterior, a la de si hay o no criterios morales objetivos para juzgar el Derecho. Esa pregunta decisiva es esta otra: aunque se piense que hay criterios morales objetivos para juzgar el Derecho, ¿qué se sigue de ahí para el Derecho?

Admitamos que existen criterios científico-naturales objetivos para juzgar del contenido científico de ciertas normas jurídicas. En aplicación de esos criterios, podemos concluir que tales normas son científicamente verdaderas o falsas. Pero, ¿una norma con un contenido científicamente falso deja por eso de ser una norma jurídica? Ahora admitamos que hay criterios objetivos de verdad moral. ¿Una norma jurídica objetivamente inmoral dejaría de ser una norma jurídica por esa razón? Por ahí no hemos avanzado mucho, sino que retornamos a la discusión inicial. El iusmoralista tenderá a decir que sí pierde esa norma su juridicidad, su validez jurídica, y el iuspositivista tenderá a decir que no la pierde. El iusmoralista tenderá a sostener que el juez que aplique esa norma no sólo actúa inmoralmente, sino también antijurídicamente. El iuspositivista tenderá a defender que ese juez actúa conforme a Derecho, pero inmoralmente.

*Sobre (D).* Una afirmación del tipo «Los criterios morales objetivos son los derechos humanos» resulta problemática desde muchos puntos de vista. Menciono algunos problemas:

(i) No veo muy bien cómo, en buena teoría, se puede decir que los criterios morales objetivos consistan en unos derechos, sean los que sean. Me parece que si decimos «derechos» estamos presuponiendo alguna norma que los constituye o los fundamenta. Hasta en el iusnaturalismo es así y, por eso, por debajo de los derechos naturales está, en esas doctrinas, la ley natural. Así que la pregunta debería ser por

cuáles son esas normas morales objetivas, qué estatuto tienen, cómo se conocen y cómo se pueden aplicar.

(ii) Se debe diferenciar cuándo hablamos de «derechos humanos» como derechos morales, admitiendo el sentido de esa expresión, y cuándo atribuimos por sí juridicidad a los «derechos humanos». Cuando un sistema jurídico los protege, como derechos fundamentales o con la expresión que sea, el problema es leve. Cuando no, volvemos a las cuestiones iniciales: si esos derechos morales son derechos jurídicos aun en el caso de que el sistema jurídico en cuestión no los ampare. Un sí rotundo lo darían (o deberían darlo) los iusnaturalistas. Entre los iusmoralistas no iusnaturalistas seguramente habría que distinguir variadas corrientes y matices sobre ese tema.

(iii) Parece claro que si se colocan los derechos humanos como criterio moral objetivo con el que juzgar el Derecho, habría que precisar cuáles son en concreto esos derechos y qué contenido mínimo tiene cada uno. Sin ese desarrollo, invocar los derechos humanos en tal papel es como decir la justicia o el bien y sólo cambiamos unos términos por otros.

(iv) Así pues, el problema ontológico y epistemológico subsiste en todo su alcance. Para afrontarlo hay que enfrentarse con la objeción histórica (por qué derechos humanos de contenido tan evidente como la igualdad entre los sexos no han sido reconocidos a lo largo de la historia apenas nada más que en un tiempo, ahora, si acaso) y con la objeción comparativa (por qué Estados y sistemas jurídicos contemporáneos que se dicen defensores de los derechos humanos no reconocen algunos de ellos –valga el mismo ejemplo de la igualdad entre los sexos–).

**Manuel Atienza:** También a mí me parece esencial la cuestión que nos plantea ahora Benjamín Rivaya. La contestaré siguiendo tu mismo esquema, y espero que esta vez sí pueda hacerlo de manera breve.

*Sobre (A).* Obviamente, hay muchos sentidos en los que se ha hablado de «iusnaturalismo», pero esa es una cuestión en la que quizás no debemos entrar aquí, porque me parece que no es necesario tampoco hacerlo para contestar a la primera de las preguntas. Sí que merece la pena, de todas formas, recordar que la expresión puede asumir sentidos distintos si la referimos, por ejemplo, a la teoría del Derecho, a la teoría de la ciencia jurídica, o a la teoría de la justicia. Creo recordar que, en alguno de sus artículos, Bobbio afirmó que él no era iusnaturalista desde el punto de vista de la teoría del Derecho, pero sí que lo era en relación con la teoría de la justicia, lo cual parece perfectamente aceptable, en el sentido de que con ello no se incurre en ninguna contradicción. Y yendo propiamente a la cuestión, yo estoy de acuerdo contigo, Juan Antonio, en que alguien puede ser a la vez coherentemente iuspositivista y objetivista moral. Y no sólo es que sea posible, sino que uno de los autores más determinantes en la formación del positivismo jurídico, en el establecimiento de ese paradigma teórico, Jeremy Bentham, fue claramente ambas cosas: iuspositivista y utilitarista moral. Al igual que lo fue (objetivista moral próximo, yo creo, a Kant) González Vicén, y quizás Bobbio (o algún Bobbio: el que escribió lo que antes mencionaba) o el propio Hart (aunque esto último no parece estar del todo claro). Lo que pasa es que los iuspositivistas del mundo latino de los últimos tiempos defendéis tesis fuertemente no objetivistas en materia moral (pienso en ti, en Guastini, en Ferrajoli, en Bulygin). Y algunos (como Bulygin) sostuvieron alguna vez

que el escepticismo o no objetivismo moral era una nota necesaria en la caracterización del positivismo jurídico, si bien parece que últimamente se ha retractado de esa postura.

Ahora bien, el que se pueda ser al mismo tiempo positivista jurídico y objetivista moral no significa que, entonces, no hay diferencia apreciable entre ese tipo de iusfilósofo y un iusnaturalista. Puede haber una diferencia profunda, porque una de las opciones que tiene un objetivista moral es el Derecho natural, pero hay muchas otras como, por ejemplo, el utilitarismo. Y, naturalmente, la manera de encarar los problemas morales por parte de un iusnaturalista tomista o por parte de un utilitarista como Bentham (o, en nuestra época, como Singer) puede ser diametralmente opuesta. Creo que es importante insistir en esto, porque es la causa de mucha confusión. Yo soy un objetivista moral, pero en absoluto un iusnaturalista. De manera que, en este punto, yo creo que nuestro acuerdo es completo. Paso al siguiente.

*Sobre (B).* Estoy de acuerdo también contigo en que la cuestión de la identificación del Derecho no puede ser secundaria. Es una cuestión de gran importancia, pero aquí tenemos, como ya antes he señalado, una discrepancia importante: esa identificación no puede hacerse al margen de la moral y, por lo tanto, el que se sea o no un objetivista moral puede ser muy relevante.

*Sobre (C).* Aquí hay también una diferencia entre nosotros que me parece relevante y que tiene que ver con lo anterior. Consiste en que tú parece pensar que los juicios morales son siempre externos al Derecho. Pero, como antes te decía, en mi opinión, no es así. También hay juicios morales internos al Derecho, precisamente los juicios que hacemos para identificar el Derecho, para interpretarlo, para construir un argumento justificativo. Esa idea de que hay una moralidad externa al Derecho, pero también una moralidad interna es una gran aportación de Fuller. Y creo que es muy importante subrayarlo. No para confundir ambas cosas pues, efectivamente, en mi opinión –fue un tema que ya abordamos antes–, es perfectamente posible reconocer que algo es Derecho y, al mismo tiempo, injusto (o justo). Pero los positivistas (o algunos positivistas) os negáis –a mi juicio, sin razón– a reconocer que los juicios éticos son también internos al Derecho.

*Sobre (D).* Yo creo que los criterios morales objetivos vienen a coincidir con los derechos humanos, en el sentido de que la justificación de los mismos exige una ética objetivista, y en el sentido de que los derechos humanos vienen a ser la respuesta a la pregunta de cuándo, o en qué medida, un Derecho es justo. Pero, claro, tienes razón en que con eso no está resuelta la cuestión. Se necesita desarrollar una teoría ética que permita fundamentar los derechos humanos, y esa teoría es también relevante para tratar con los llamados «derechos fundamentales», esto es, los derechos humanos, en la medida en que están positivizados. Lo es, porque en ocasiones no está claro si existe (de acuerdo con el Derecho positivo) un determinado derecho fundamental y cuál es su alcance, y la respuesta a esas preguntas, de nuevo, exige un razonamiento que contiene necesariamente elementos morales, elementos de esa teoría. De manera que esos problemas de fundamentación moral son también problemas jurídicos (tienen consecuencias jurídicas). Por supuesto, precisar cuáles son esos derechos puede ser (lo es en ocasiones) una tarea muy compleja. De alguna manera, podría decirse que todos los casos difíciles que se plantean en el Derecho tienen que ver con eso. Pero, por cierto, lo que tú llamas

«objeción histórica» no es, yo creo, un problema tan grave desde el punto de vista de la *justificación* de los derechos. Quiero decir que el hecho de que la no discriminación por razón de sexo no se haya aceptado, como derecho fundamental, hasta fecha muy reciente o no se haya hecho todavía de manera completa, es algo que requiere de una *explicación*, pero el hecho como tal no supone ninguna objeción para la *justificación* de ese derecho. Como tú bien sabes, explicar y justificar son cosas distintas y estamos muy acostumbrados en nuestra vida cotidiana a encontrarnos una y otra vez ante actuaciones (pensemos en las de nuestros políticos en relación con la corrupción) que nos podemos explicar muy bien, aunque pensemos que carecen de justificación.

**Juan Antonio García Amado:** Sigo convenciéndome de que se están delimitando bien las cuestiones y que ciertos acuerdos analíticos son tan importantes o más que muchas de nuestras diferencias teóricas de fondo.

Vuelvo a la cuestión del objetivismo moral y su papel en la Teoría del Derecho, sea como sea que esta se presente. Si me pregunto a mí mismo si soy objetivista moral, me responderé que creo que no y que, volviendo a las andadas, habrá que empezar por definir o caracterizar de qué hablamos cuando decimos objetivismo moral. Para empezar, y como bien indican los ejemplos que tú acabas de manejar, como el del utilitarismo, no todo objetivismo moral tiene por qué ser de corte metafísico. Otro ejemplo nos lo ofrecen ciertas éticas constructivistas. Ya hemos admitido los dos que ser iuspositivista no tiene por qué verse como sinónimo de ser en materia moral radicalmente escéptico o relativista sin concesiones. Nos vale el caso de Bobbio, que tú mencionas. Creo que en esto también podríamos aludir a Ferrajoli.

Mi problema, califique como califique mis propias convicciones morales o de justicia, es el del encaje del objetivismo moral en nuestros órdenes constitucionales. Si no entiendo mal el asunto, quien sea objetivista reúne estas dos notas: (i) posee unas convicciones morales, asume ciertas normas morales, las hace suyas; (ii) piensa que tales normas morales no le valen meramente a él y para él, sino que son las objetivamente verdaderas y que es posible demostrar o acreditar racionalmente la objetividad o verdad de dichas normas.

Dos personas pueden considerarse objetivistas morales y, sin embargo, discrepar fuertemente sobre los contenidos de esas normas de la moral objetiva o verdadera. Esto, en sí, no es una objeción al objetivismo, basta pensar que uno estará en la verdad y otro en el error (o en el error ambos, si la verdad está en un tercer sistema, etc.). Nuestras constituciones pluralistas y democráticas amparan el igual derecho de cada uno a tener sus convicciones morales, a expresarlas y a vivir con arreglo a ellas, en la medida en que no rebasen ciertos límites jurídicamente tasados, para empezar en las propias constituciones y después en el Derecho penal. ¿Podemos decir que la Constitución comulga con la moral objetiva? Depende.

Cuando la Constitución proclama y garantiza algunos derechos como derechos fundamentales, está poniendo unos límites a la acción posible de las personas y las instituciones. Esos límites son jurídicos, pero claro que tienen un fundamento moral. Podemos creer que son límites morales marcados por la moral objetivamente verdadera, pero no cambia gran cosa si pensamos que ese fundamento moral proviene de una moral histórica o de una moral social positiva. Lo que me parece claro es que, dentro de esos

límites genéricos (respetar la vida, respetar ciertas libertades, respetar la propiedad...) las constituciones también consagran y defienden el pluralismo. Por ejemplo, tiene derecho a expresar libremente sus convicciones no solamente quien profese la moral verdadera, si hay tal, sino quien profese cualquier moral que no rompa ese marco que vela por la libertad de todos (por ejemplo, que no mate al moralmente errado).

En este último sentido, las constituciones no pueden estar comprometidas con una moral objetiva determinada, con uno de los sistemas morales profesados por cualquiera de sus ciudadanos que crean que su moral es la verdadera. Si así no fuera, la libertad de creencias y el pluralismo estarían amparados como derecho de todos a equivocarse en su moral, salvo los que estuvieran en la verdad. Pensemos en cualquier cuestión sobre la que haya desacuerdo moral fuerte en la sociedad: si el matrimonio entre personas del mismo sexo debe permitirse o prohibirse, si deben permitirse o prohibirse la práctica de la prostitución o el comercio de pornografía, si en los colegios públicos se debe o no se debe enseñar religión, si debe haber más o menos impuestos, etc. Pongamos que, como es usual, la Constitución no da solución expresa a ninguna de estas cuestiones. Ciertamente, en la Constitución podemos encontrar enunciados de principios, valores y hasta derechos que pueden avalar para cada cuestión tanto una solución como la contraria: libertad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, justicia social, etc.

Imaginemos que sobre cualquiera de esos asuntos dicta el legislador legítimo una ley. Por ejemplo, una ley de regularización del ejercicio de la prostitución bajo algunas condiciones. Unos, de entre los objetivistas, pensarán que es una ley injusta; otros, de entre los objetivistas, pensarán lo contrario. Los unos y los otros hallarán en el texto constitucional o en la «Constitución material» principios y valores que, interpretados de tal o cual modo, respaldarán su convicción de que aquella ley no sólo es justa o injusta, sino también constitucional o inconstitucional. Pregunta: a cuáles da la razón la Constitución en sí misma cuando a) no resuelve expresamente el texto; b) ofrece principios que por sí o con una u otra interpretación, pueden abonar tanto una postura como la otra; c) consagra la libertad de creencias, el igual valor de las creencias compatibles con el texto constitucional y el pluralismo moral o ideológico como una especie de supervalor constitucional.

Me estoy refiriendo, ya se ve, a casos que son difíciles en un doble sentido: en sentido jurídico estricto, ya que no hay solución expresa para ellos en el texto constitucional, y, además, si acudimos a los valores constitucionales como parte de la Constitución, hay más de una solución que parece respaldada por algún valor constitucional; y en sentido moral, puesto que distintos sistemas morales conformes con la Constitución y hasta por ella protegidos como expresión de la libertad de los ciudadanos, brindan valoraciones contrapuestas sobre la solución moralmente más correcta. Téngase en cuenta, de propina, que algunos de esos problemas no los ha querido el constituyente dejar zanjados a fin de que la Constitución pudiera tener el apoyo común de ciudadanos con ideas morales bien diversas.

Mi tesis es que el objetivista moral (y, obviamente, el no objetivista) no puede comprometer la Constitución con su moral, con esa moral que él piensa como moral objetivamente verdadera, pues, para los casos difíciles de ese tipo, es contrario a la Constitución misma la imputación a ella de una u otra solución. Así pues, y si algo de razón puedo tener en esto, la solución para ese problema de constitucionalidad que el

objetivista moral considera la solución más correcta no puede hacerse pasar como la solución constitucional objetivamente correcta. Porque, si así fuera, la Constitución no sería la Constitución de todos y que a todos, en su libertad, ampara por igual, sino que vendría a ser nada más que la Constitución de un único grupo de entre los ciudadanos con convicciones morales fuertes o densas, incluso para un único grupo de entre los objetivistas morales.

Ni que decir tiene que cuando un magistrado constitucional, y más un magistrado objetivista, pondera en tales casos, le va a salir un resultado de la ponderación que ratifica sus convicciones morales. Pero hasta ese magistrado deberá abstenerse de imputar a la Constitución misma, a los principios o valores constitucionales, ese resultado. Deberá asumir que está decidiendo, él, en ejercicio de su legítima competencia y de su función en el entramado institucional. Que con total honestidad y buena fe piense que hace lo justo y lo más acorde con la Constitución rectamente interpretada y valorada, no le da Derecho a hacer suya la Constitución, suya en el sentido de Constitución que respalda o ratifica como valores constitucionales esos valores morales suyos, de él, frente a los valores para el caso opuestos del que tiene convicciones morales diversas y pretendidamente igual de objetivas. La asunción por el juez de su discrecionalidad resulta, así y en mi opinión, un imperativo constitucional en ese tipo de casos difíciles. Solo el juez que asume esa discrecionalidad se abstiene de hacer pasar sus opciones como opciones de la propia Constitución y sus concepciones del bien como opciones para todos constitucionalizadas.

A lo mejor me he ido por los cerros de Úbeda. Pero, querido Manolo, estoy concediendo que tienes razón cuando dices que «hay juicios morales internos al Derecho», al menos en cierto sentido de la expresión y especialmente si, como tú, entendemos el Derecho esencialmente como práctica decisoria que se quiere justificada; pero, al mismo tiempo, estoy relativizando la relevancia de esa afirmación. Lo que sigo sin ver es el papel que en los sistemas jurídicos presididos por este tipo de constituciones, como la nuestra, y en los casos difíciles, aporta una ética objetivista. Más bien temo a ciertos objetivistas morales haciendo de jueces constitucionales. Aunque, desde luego, no sería tu caso si fueras magistrado de nuestro TC, contigo estaría tranquilo. Pero creo que mi tranquilidad derivaría más que nada de que nuestras convicciones morales y políticas son muy cercanas, al margen de que uno u otro nos tengamos o no por objetivistas en lo moral.

**Manuel Atienza:** Me permitirás que, antes de entrar a comentar algunos de los puntos que planteas en tu intervención, me congratule de que ahora tan sólo «creas» que no eres un objetivista moral porque, si no me equivoco, tiempo atrás lo que habrías dicho es que estabas muy convencido de no serlo. No es que pretenda convertirte ni nada por el estilo (o sea, no se trata de la complacencia del que hace apostolado de sus ideas y piensa que va logrando algo en su tarea), pero me parece que ese tipo de planteamiento (un escepticismo moral menos radical) facilita un tipo de diálogo seguramente más fructífero y que, por lo demás (ambos coincidimos en ello), no tiene por qué concluir con un acuerdo. Los mejores diálogos no suelen acabar así, o no tienen por qué hacerlo.

La dificultad que tú planteas, en relación con el objetivismo moral, es que esa concepción parece (o podría) ser incompatible con el pluralismo moral (reconocido en

nuestra Constitución y en todas las otras constituciones) y podría llevar a que un jurista (un magistrado constitucional) que asuma esa posición tienda a pensar que sus opciones morales (las que él considera justificadas) son precisamente las de la Constitución. Entiendo la objeción (las dos objeciones), pero me parece que para ambas se puede encontrar una respuesta satisfactoria.

En relación con lo primero, tú dices que «las constituciones no pueden estar comprometidas con una moral objetiva determinada», puesto que nuestras constituciones pluralistas y democráticas «amparan el igual derecho de cada uno a tener sus convicciones morales» y en las mismas podemos encontrar, en relación con los casos difíciles o más difíciles, enunciados que «pueden avalar para cada cuestión tanto una solución como la contraria». Ahora bien, aunque las tres frases entrecomilladas podrían tener una interpretación que las hiciera aceptables, o sea, concordantes con lo que yo pienso al respecto, me parece que su sentido tendría que matizarse como sigue. Es cierto que las constituciones no avalan exactamente una determinada moral, pero dejan fuera (por inconstitucionales) una serie de posiciones morales y –esto es lo fundamental– fijan unos mínimos morales. Eso hace que aunque, efectivamente, conceden un igual derecho a cada uno a tener sus *convicciones* morales, de ahí no se sigue que sean igualmente permisivas en relación con las consecuencias, con el tipo de actuación, que promueve cada una de esas convicciones. Al racista no se le permite discriminar a otro por razones de raza, y ni siquiera está permitido expresar libremente cualquier tipo de opinión (no se puede ofender, por ejemplo, las creencias religiosas de la gente –aunque esto, en mi opinión, resulta discutible–), etc. O sea, el pluralismo constitucional, el pluralismo moralmente justificado, no equivale a una tolerancia indiscriminada. La tolerancia supone que no está justificado prohibir a otros la realización de acciones que nosotros podemos considerar moralmente inaceptables, pero sólo dentro de ciertos límites. Para decirlo con las palabras elocuentes de Ernesto Garzón Valdés: no podemos (no debemos) ser tolerantes dentro de lo que él llama «el coto vedado» de los derechos. De manera que el objetivismo (no el absolutismo) no sólo es compatible con los valores del pluralismo y de la tolerancia sino que, en mi opinión, lo que conduce a la tolerancia es precisamente el objetivismo y no (como Kelsen y muchos otros parecen pensar) el relativismo moral. Al respecto, creo que conviene recordar que Mussolini era un relativista (en esto ha insistido mucho Juan Ruiz Manero), y que quien habló de «la tiranía de los valores» o sea, de los riesgos de suponer que hay valores objetivos fue nada más y nada menos que Carl Schmitt. Finalmente, es cierto que en nuestras constituciones pueden encontrarse a menudo argumentos a favor de una u otra de las dos soluciones que, por ejemplo, se enfrentan ante un determinado caso (pongamos, el del matrimonio entre personas del mismo sexo), pero de ahí no se sigue que ambas argumentaciones tengan el mismo peso. O sea, una cosa es que se puedan encontrar argumentos a favor de una determinada posición, y otra que esos sean los mejores argumentos. Quizás nos llevara ahora muy lejos entrar en la discusión en torno a si hay o no una única respuesta correcta para cada caso; mi posición al respecto es que casi siempre la hay y que esta tesis (como Dworkin ha sostenido con toda razón) es casi trivial: simplemente, no podríamos entender en qué consiste la motivación judicial, si no presupusiéramos la tesis en cuestión.

Paso ahora a la otra cuestión, al riesgo que tú ves de que el magistrado que sea un objetivista moral termine por identificar sus opciones morales con las constitucionales.

Yo creo que eso, efectivamente, es un riesgo, pero no un riesgo exclusivo del objetivista. O sea, dado que, como tú mismo reconoces, no hay forma de escapar a la existencia de juicios morales internos al Derecho, el no objetivista, que además tiende a creer que él no hace juicios morales (por ejemplo, a la hora de fundamentar una decisión), es incluso más peligroso, puesto que ni siquiera es consciente de esa necesidad (y, en consecuencia, ni siquiera se molesta en explicitar esos juicios). Por lo demás, estoy de acuerdo contigo en que ese riesgo es particularmente alto en relación con los autores a los que cabe llamar «neoconstitucionalistas» y entre los que, desde luego, no me incluyo (al igual que tampoco puede incluirse a Dworkin, a Alexy o a Nino). Precisamente, hace no mucho tiempo escribí un artículo criticando esa manera de entender el Derecho y que lleva a pensar que, aun cuando en la Constitución se defina el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer (como ocurre con muchas constituciones recientes de Latinoamérica), eso no impide que, dada la prohibición de incurrir en trato discriminatorio, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo debiera considerarse conforme con la constitución (o incluso exigida por la constitución). Esto, en mi opinión, es desconocer la existencia de límites en el razonamiento jurídico, los límites característicos de una práctica autoritativa como es el Derecho y que hacen precisamente que no puedan identificarse Derecho y moral. En ocasiones, un jurista (un juez) no tiene más remedio que reconocer que el Derecho no le permite llegar a una solución justa. Pero creo también que la obligación del jurista (la idea regulativa de la profesión judicial; obviamente no entra aquí el abogado de parte) es esforzarse por hacer justicia a través del Derecho. Y que esto casi siempre es posible en el contexto de los Derechos del Estado constitucional.



## BENJAMÍN RIVAYA

### ENTREVISTA A PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ<sup>(\*)</sup>

**Benjamín Rivaya:** *Como juez, tuviste que pasar por unas oposiciones: ¿Fue una experiencia interesante? ¿Hay alguna diferencia entre la oposición de entonces y la de ahora? ¿Eres partidario de este sistema de acceso a la carrera judicial? ¿Cómo podría ser el sistema de acceso deseable? Te pregunto esto porque en algún momento, en algún lugar, escribías de alguien de quien decías que «tenía una memoria prodigiosa, o disparatada». ¿Es un disparate el sistema de acceso a la judicatura?*

**Perfecto Andrés:** En efecto, fui opositor y preparé el ingreso en la judicatura a finales de los 60. El aprendizaje de los temas, como experiencia, careció por completo de interés y, de tener alguna ventaja, se me ocurre, únicamente, la que implica la adquisición de una cierta disciplina de trabajo. En mi caso, concurrió, por fortuna, además, un factor externo, perturbador de mi dedicación primordial, pero estimulante, que me complicó pero, culturalmente, *me salvó* la vida, al mismo tiempo. Es que, en la Palencia de aquellos años, coincidimos un grupo de amigos urgidos por algunas preocupaciones político-culturales comunes, que nos llevaron a compartir lecturas y una búsqueda de respuestas para las cuestiones de toda índole que nos acuciaban. Leímos con avidez, discutimos mucho y evolucionamos juntos. Naturalmente, mi tránsito diario de, por ejemplo, el materialismo histórico a la enfiteusis, la dote o a la propiedad horizontal, resultaba bastante traumático, pero pude hacerlos compatibles.

El sistema de oposiciones no ha cambiado sustancialmente. Creo que el programa tiene un menor número de temas, pero permanece en lo sustancial. Es el sistema «fonográfico», que seguramente habría hecho las delicias de Montesquieu, y que, como es sabido, consiste en la asimilación mecánica de un ingente número de nociones, que se aprenden para ser, literalmente, *disparadas* sobre un tribunal que, en no pocos casos, las sigue con las *contestaciones* y los códigos abiertos sobre la mesa. Algún autor de temarios para opositores de los años 40, para describir la oposición, recurrió a la metáfora discográfica, de «los discos impresos en el cerebro del opositor con arreglo al programa». Me parece un símil idóneo. Por cierto, las oposiciones tuvieron un crítico eficaz en el excelente jurista asturiano Francisco Beceña, concretamente en su obra *Magistratura y justicia*.

El método no tiene nada que ver con la función, menos en su actual complejidad, y tampoco con el *derecho viviente* de nuestros ordenamientos. Pero, en el fondo, no se trata tanto de formar, en el más noble sentido del término, como de producir y reproducir

---

(\*) Magistrado Emérito del Tribunal Supremo.

un perfil de juez: el propio del positivismo dogmático, que es el que parece interesar al *sistema*. Diría que es el más *políticamente* apreciado: la prueba es que suscita un interés transversal, ya que ninguna mayoría política ha apostado seriamente por algo distinto. Aunque, en honor a la verdad, diré también que la Escuela Judicial de estos años (no siempre la misma en el planteamiento) ha supuesto una aportación interesante, pero insuficiente, en una línea relativamente diferente.

Puesto a imaginar una alternativa, se trataría de propiciar una formación jurídica acorde con el modo de ser real de los modernos ordenamientos multinivel, complejos e incluso internamente conflictuales, y la de orden cultural precisa para moverse con solvencia en nuestra sociedad; y de estimular el desarrollo de aquellas facultades que realmente se implican en el juicio. Y esto, es obvio, lejos de la *mesa camilla* (que es donde el tópico, con buena base empírica, sitúa el eje de la vida del opositor), en un centro compartido con quienes están en la misma situación, y bajo la dirección de un profesorado multidisciplinar y competente.

**Benjamín Rivaya:** *Por cierto, ¿cuáles han de ser las cualidades del juez modelo? Te lo pregunto porque no hace tanto, un licenciado en Derecho que es invidente ha iniciado una campaña en Change.org solicitando al Ministerio de Justicia que le permita ser juez. ¿Podría una persona ciega ser juez? Evidentemente, no se trata de poder juzgar. Me imagino que un juez que conoce todos los datos de un caso podría juzgar. La cuestión es cómo conoce todos los datos de un caso. El sentido de la vista no sería asimilable a otros, por ejemplo el gusto o el olfato. Quizás en alguna ocasión sea importante el olfato a la hora de valorar una prueba, pero eso no suele ocurrir y, sin embargo, la vista parece imprescindible. Cabría la posibilidad de dotar a ese juez de una oficina tan impresionante, con tanto personal, que sirviera para paliar la falta de la vista, pero sería carísimo. No sé, ahora el argumento económico me parece relevante.*

**Perfecto Andrés:** Con aparente paradoja, cabe decir que el *tipo ideal* de juez tendría que buscarse por una vía opuesta a la representada por el vigente sistema de oposiciones. Este desarrolla esencial, casi únicamente, la memoria, factor principal, que es el que hace posible la asimilación de un temario integrado por esa infinidad de nociones-píldora, que deberán ser dichas en un tiempo record sin pensar, pues de otro modo resultaría imposible *colocar* los cinco temas en setenta y cinco minutos. «Ahora a estudiar, que de pensar ya tendrás tiempo» es una receta de preparador. Pues bien, cualquier normal conocedor de la vida del derecho y de «lo que pasa en la calle», más en una época como la actual, entenderá fácilmente que lo que se pide hoy de un juez no son *respuestas enlatadas*. Y pienso en cualquiera de los jueces, quizá recién salidos de la Escuela Judicial, que pueden tener que verse obligados a lidiar con uno de esos 1.600 casos de corrupción que se han desbordado sobre la administración de justicia. Y, más fácilmente, con uno de esos asuntos, simples en apariencia, que suscitan, por ejemplo, el problema de las cláusulas abusivas en el contrato de préstamo, en la ejecución hipotecaria y otros, en los que una legislación hecha en buena medida para los bancos tiene que ser leída (con cierta audacia) en la clave procedente de una normativa comunitaria de nuevo cuño. Cierto que algún constitucionalista asimiló no hace tanto el orden jurídico a un depósito de agua distribuido por una red de cañerías, sugiriendo que el oficio del juez estaría en algo así como abrir un grifo, para recibir el agua en el continente de sus resoluciones. Pero no parece que las cosas vayan por ahí.

A la pregunta de si una persona invidente puede ser juez, así planteada, la respuesta solo puede ser no. Y no lo digo porque crea en esa *mística de la inmediatez* sugestiva de que el juzgador valora la veracidad de un testimonio mirando a los ojos o a las manos del testigo. No. Lo digo porque, aparte de que hay diligencias como los reconocimientos judiciales y otras, en las que es preciso ver en un escenario, el regular tratamiento de los casos exige examinar decenas de textos y documentos, por los que es preciso moverse con agilidad. Allí donde el trabajo del juzgador consistiera en decidir sobre argumentos, a partir de un material ya elaborado como discurso, quizá no hubiera problema para un invidente, pero no es esto solo lo que normalmente se exige de aquel. Por eso, aunque afectivamente me siento muy próximo a la reivindicación de ese joven, me parece extremadamente difícil que pueda ser satisfecha.

**Benjamín Rivaya:** *En algún momento has hablado, refiriéndote a los jueces, de la necesidad de una «tensión autocrítica». Desde luego, quien tiene que tomar decisiones constantemente debe ser alguien con responsabilidad, por una parte, y dispuesto a someterse a crítica, por otra. No alguien que se empecine en sus decisiones «solo contra el mundo». Por cierto, quizás el juez no haya de ser una persona indecisa, pero tampoco demasiado decidida, ¿no? Ni un temerario ni un cobarde, sino un valiente, que diría Aristóteles.*

**Perfecto Andrés:** Mario Pagano, un brillantísimo procesalista y politólogo italiano del xviii napolitano, tratando de describir el modo de aproximación a la verdad en el proceso recurrió al símil de la chispa que brota de la acción de golpear una piedra con otra. Es nuestro «de la discusión sale la luz» y, en definitiva, el método basado en el principio de contradicción, consistente en elaborar hipótesis a partir de datos de hecho y discutirlos; y algo parecido sucede con la *quaestio iuris*. Pues bien, yo creo que el juez debe tratar de llevar metódicamente esa misma manera de proceder a su propio discurso. Ha de hacer algo parecido a un desdoblamiento, tratar de *verlo desde afuera* mientras lo elabora. Lo facilita extraordinariamente la *prueba de la escritura*, que como en «la del 9», uno que actúe con honestidad intelectual, verá que la pluma *corre o no corre* sobre el papel al tratar de argumentar. Es la virtud de la motivación, que tiene, idealmente, algo de enfrentamiento con uno mismo. Y que, creo, exige un trabajo artesanal. Idealmente, también, a mi juicio, el juez debería ser un buen mecanógrafo: no hay modo mejor *de ver* y calibrar la calidad del propio discurso que escribirlo directamente.

En cuanto al segundo asunto, es verdad que el juez no debe ser una persona indecisa, aunque, sin nada de paradójica, tendría que estar impregnado de cierta propensión a la duda, como método. Creo que lo ideal sería practicar una prudente audacia. Y, en otro orden de cosas, gozar de la libertad de criterio que da la falta de aspiraciones *de carrera*. Más cuando se sabe que la independencia no suele cotizar en la *política* de nombramientos.

**Benjamín Rivaya:** *Tus primeros años en la carrera judicial, coinciden con los últimos momentos del franquismo. ¿Cómo fue la judicatura que te encontraste al sacar la oposición? ¿Existió un franquismo judicial?*

**Perfecto Andrés:** He dicho más de una vez que «no hubo jueces franquistas», que el franquismo pudo servirse de los jueces heredados, precisamente, fruto del sistema al que

me he referido, que produce jueces formados en el positivismo ideológico, al fin *jueces del poder*, de cualquier poder. Es por lo que creo que pervive el sistema de oposiciones, aunque, claro, ahora, en un contexto pluralista y democrático, por fortuna concurren otros factores que, en alguna medida, *distorsionan* para bien la dinámica del (anti)modelo y sus efectos. El juez medio de aquellos años era generalmente un profesional austero y trabajador, conservador en lo político y confesional en lo religioso, cuya formación, del cuño a que me he referido, le servía generalmente para decidir las causas y pleitos propios de la *normalidad* del momento. También por lo general, se veía y se creía genuinamente apolítico: por profesar esa idea del derecho a la que he aludido, y porque las causas políticas eran de competencia del *Tribunal* de Orden Público. En el curso de la transición pasó algo parecido a lo producido, por ejemplo, en Italia, es decir, que jueces que habían visto el ordenamiento propio del régimen autoritario como *neutral*, tuvieron después por inaceptablemente *política* la Constitución democrática. Podré dos ejemplos: uno es que, en las jornadas con algo de constituyentes de la Asociación Profesional de la Magistratura, celebradas en el Parador de Sigüenza, en diciembre de 1979, costó verdadero esfuerzo llevar una mención de la Constitución a los estatutos del grupo. Puedo contarle porque estuve allí y tengo algo que ver con la iniciativa. El otro es la entrevista concedida por el magistrado Vivas Marzal, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al diario *Línea* de Murcia, en 1976: «Cuando en España no había más que una política, muchos de nosotros la hemos servido, incluso con entusiasmo. Pero en el momento en que en España haya varias políticas la obligación de los tribunales es mantenerse neutrales». Aunque no hay que perder de vista que, ya entonces, en la magistratura empezaba a ser evidente la presencia del pluralismo, que podría haber sido mucho mayor y más incisiva, de haber habido una razonable voluntad política de estimularla.

**Benjamín Rivaya:** *Frente al franquismo alzó Justicia Democrática, que significó la aparición de una figura peculiar, la del «juez delincuente». ¿Cómo ves este fenómeno? Creo que aún está por escribirse la historia del grupo.*

**Perfecto Andrés:** Sí, alguna vez me he referido como jueces, fiscales y secretarios «delincuentes» a quienes formamos parte de Justicia Democrática. Y no es una metáfora, pues, en efecto, integramos una asociación literalmente fuera de la ley y dentro del Código Penal. La experiencia resultó interesantísima como fenómeno socio-institucional y muy hermosa y gratificante en lo personal. Yo tuve noticia de la existencia de Justicia Democrática porque el 1972 un amigo que enseñaba en Francia me envió un recorte de *Le Monde*, que daba cuenta de la aparición del primer documento hecho público por el grupo. Ingresé en la Escuela Judicial al año siguiente y, al mismo tiempo, me integré en Justicia Democrática. Fui el primer alumno en hacerlo y resulté acogido con un calor cuya evocación sigue emocionándome. Es como conocí a unos profesionales excelentes que habían llegado, por cuenta propia y en un medio nada favorable, a la conclusión de que una jurisdicción digna de tal nombre reclamaba como presupuesto un marco de estado de derecho, entonces inexistente; y tal es la línea en la que comenzaron a moverse. Nunca fueron, fuimos, muchos, pero se trató de una presencia notable, que comenzó a romper cosas. La primera, la obscena ficción del apoliticismo, al poner de relieve que los que realmente *hacían política* eran quienes, sin querer ver la evidencia

del régimen liberticida, contribuían acriticamente a su mantenimiento. No existe, es cierto, una historia de JD. Yo publiqué en *Sistema*, en 1980 un trabajo de aproximación, con bastantes datos y referencias documentales. Pero, recientemente, la Fundación Abogados de Atocha se ha ocupado del asunto, recopilando textos y material de prensa y entrevistando a los *supervivientes*, a los ya pocos que vamos quedando. (En la imagen –ja cuatro columnas– que fue portada de *El País*, en noviembre de 1977, dando cuenta de que Hernández Gil, como presidente de las Cortes Constituyentes, había recibido en el palacio de la Carrera de San Jerónimo a Justicia Democrática, que así salía de la clandestinidad, éramos siete fotografiados, aquél incluido, y ya solo quedamos dos). También el Seminario de Historia de Fuentes Orales, que opera en la Universidad Autónoma de Madrid, ha trabajado sobre Justicia Democrática, recogiendo textos e informaciones y realizando entrevistas.

**Benjamín Rivaya:** *Curiosamente, desde el principio has sido, aunque la expresión suene rara, un «juez-teórico».*

**Perfecto Andrés:** Creo que me viene grande el calificativo. Es cierto que desde el principio, incluso ya desde antes de entrar en la magistratura, me preocupó el papel social del derecho y me producía desazón que todo pudiera quedar en un mero fenómeno superestructural con exclusivas funciones de control, preordenadas al mantenimiento de la desigualdad. Pero, por fortuna, ya entonces pude acceder a algunas lecturas –Umberto Cerroni resultó fundamental en este sentido– que me dieron otra perspectiva. Pues bien, esto para decir que, en mi caso, lo que hubo y hay es una modesta reflexión sobre el propio quehacer, producida muy al hilo de mi práctica profesional. Al respecto, me fue muy útil el tiempo (prácticamente un curso) pasado en la cátedra de Filosofía del Derecho de la Complutense, junto a Elías Díaz, bien que deshojando la margarita: que si universidad, que si judicatura. Dilema resuelto en el segundo sentido, gracias en parte a un persuasivo *empujón* de aquel, que nunca agradeceré lo bastante. Luego, he podido sacar tiempo para mantener viva esa tensión, algo nada difícil, porque la jurisdicción, si se quiere, es muy rica en estímulos y en la generación de inquietudes.

**Benjamín Rivaya:** *Fuiste el introductor en España del «uso alternativo del Derecho». De hecho el primer artículo que se publica sobre el tema es tuyo, «Para una práctica judicial alternativa», en 1976, en los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, por cierto una revista de Filosofía del Derecho. Antes de preguntarte por el «uso alternativo del Derecho», ¿podrías hablarnos de tu relación con la filosofía del Derecho?*

**Perfecto Andrés:** Lo de «introductor del “uso alternativo del Derecho”» es algo que pasa por «el país de los ciegos» y tiene que ver también con la casualidad. Me explico. En 1975 estuve un mes en Perugia (Italia), haciendo un curso de la lengua en la Universidad para extranjeros, y, espigando en una buena librería, di con *L'uso alternativo del diritto*, compilación de las ponencias presentadas en el congreso sobre la materia promovido por Pietro Barcellona en la Universidad de Catania, en 1972. Me interesó mucho, le hablé del libro y del asunto a mi buen amigo José Luis Barrigón, profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valladolid, tempranamente fallecido. También le interesó, y acabé dando allí una conferencia sobre el tema. Lo supo Elías Díaz, que me invitó a

escribirla, lo hice, y se publicó en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, que dirigía el asimismo buen amigo Nicolás López Calera, igualmente fallecido. De allí salió la invitación a participar en un seminario sobre «el uso» movido por su cátedra, y de este una nueva publicación, un librito editado enseguida por Fernando Torres con la ponencia de Nicolás, la mía y la de Modesto Saavedra. En mi caso, esos trabajos creo que fueron bastante elementales, una especie de dación de cuenta de lecturas. Curiosamente, los vi mecanografiados en papel cebolla (no tenían para fotocopias) en la Nicaragua sandinista. Y circularon también entre los *juizes do direito alternativo*, en Brasil. Por lo que luego diré, al hablar más directamente del «uso alternativo», lo que de este me resultó apasionante fue que llevaba implícita una reflexión interesantísima sobre el fenómeno jurisdiccional y es por donde ha discurrido mi –insistiré, modestísima– relación con la Filosofía del Derecho: el papel de las garantías jurisdiccionales, la epistemología del juicio. Se trata de asuntos que en los años a los que me refiero estaban ya siendo objeto de una reflexión extraordinariamente rica en Italia (a cargo de Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo, Giovanni Tarello, Stefano Rodotà, entre otros) y tales fueron las lecturas en las que me embarqué. Esta perspectiva del trabajo jurisdiccional suscitó enseguida interés en algunos medios universitarios (la propia cátedra granadina, el grupo de Alicante, dinamizado por Manuel Atienza, Luis Prieto y luego Marina Gascón, en Castilla-La Mancha...) y también en medios judiciales latinoamericanos, y es la onda en la que me he movido, en el uso de buena parte del tiempo libre que dejado por las sentencias.

**Benjamín Rivaya:** *Pero bueno, vayamos a la pregunta estrella: ¿qué es el «uso alternativo del Derecho»? ¿Se puede seguir hablando hoy día de «uso alternativo del Derecho»?*

**Perfecto Andrés:** Simplificando un tanto diré que, en principio, es el título de un libro, una etiqueta con algo de *publicitario*, en sí misma simplificadora. Muy eficaz, como lo ha demostrado su difusión, pero un tanto distorsionante del fenómeno denotado. En efecto, pues lo de «uso» sugiere una utilización instrumental del Derecho, no importa si al margen de las reglas, en cuanto *justificada* por el buen fin, y por el hecho de deberse, finalmente, a *los buenos*. Y no fue tal. Esto lo demuestra, de entrada, el elenco de participantes en el congreso de Catania, bastante plural desde el punto de vista ideológico; y también la altura teórica y la complejidad de las aportaciones. Es cierto que en todos los casos subyace un denominador común: que el Derecho no es solo técnica, que no es políticamente inocente, que no es neutral. Algo obvio, como lo es la evidencia histórica de que, referida a los ordenamientos propios del *estado monoclasa* (aunque no solo), la gráfica denuncia del *Manifiesto Comunista* tuvo, en su momento, un valor descriptivo. Tanto que los legítimos intereses y las expectativas de la mayor parte de las correspondientes sociedades, estaban radicalmente expulsados del orden jurídico y de las instituciones. Y que solo con la universalización del sufragio y bajo presión, es como unos y otras comenzarían a tener (un difícil y atormentado) acceso a las legislaciones. Del mismo modo que, fruto –se dice que *inevitable*– de la actual crisis, la parte dogmática de las constituciones está perdiendo vigor a pasos agigantados y los derechos que no están ya en el mercado van camino del mercado, es decir, de su negación, que es en lo que se traduce el operar de la «mano invisible», esa forma eufemística de llamar a la ley del más fuerte. Luciano Gallino ha hablado, a mi entender justamente, de «golpe de estado», por la ruptura constitucional que esa dinámica comporta.

Pues bien, en este contexto y tratando del «uso alternativo del Derecho», la referencia a la Constitución es esencial, y es también la clave de *la alternativa*. Aquí alternativa constitucional a la práctica judicial hasta entonces imperante en Italia, promovida por la Corte de Casación transfascista, y estimulada –como denunció muy oportuna y documentadamente Calamandrei– por la Democracia Cristiana en las dos primeras legislaturas de vigencia, congelación más bien de la Constitución de 1948. Por eso, lo correcto, según ha subrayado Ferrajoli, es hablar, no de *uso*, sino de *jurisprudencia* alternativa. Un movimiento que, con impecable coherencia, reclamó y practicó la instalación efectiva de la Constitución en el vértice de la kelseniana pirámide, haciéndola irradiar desde allí a todo el ordenamiento, en la obligada lectura constitucional de este. Por eso, en rigor, tal es el único modo correcto de proceder, frente al *retro-alternativo* dominante. Algo muy bien ilustrado por la llamada «guerra de las Cortes», en vicisitudes como la relativa a la, ciertamente trabajosa, imposición por la Constitucional a la de Casación de una conducción del proceso penal con reconocimiento real de los fundamentales y elementales derechos del imputado, sistemáticamente negados por la segunda.

**Benjamín Rivaya:** *Un viejo y querido amigo, ovetense, ya fallecido, José María Laso Prieto, entonces dirigente del PCE en Asturias, fue entusiasta del «uso alternativo del derecho». ¿Es marxista el «uso alternativo del derecho»?*

**Perfecto Andrés:** La *jurisprudencia alternativa*, que es de lo que realmente se trató no es más marxista que el traslado a las constituciones de nueva generación de los derechos (políticos, civiles y sociales) con pretensiones de eficacia; que su consagración en estas como normas fundamentales dotadas de un contenido inmediatamente preceptivo, destinado a producir un efecto de tracción sobre nuestras realidades profundamente desiguales. En el caso de la Constitución italiana de 1948, hay un precepto, el del artículo 3, que, luego de proclamar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, impone al estado el deber de remover los obstáculos que se oponen a la efectividad de esta. Debido a la iniciativa de un gran socialista, Lelio Basso, es en él donde radica el germen constitucional de la *jurisprudencia* entonces –y aún hoy en tantos aspectos, para qué vamos a engañarnos– *alternativa*. Precisamente, a Lelio Basso se debe la observación de que el Derecho de nuestras sociedades ya no es la famosa expresión de la (unilateral) voluntad de una clase, sino fruto de las luchas y las reivindicaciones sociales. Y esto hoy se hace patente incluso en algo tan poco sospechoso de izquierdismo como esa sentencia del Tribunal de Luxemburgo que, debido a la iniciativa de un juez, impone al Estado español derogar algunos indefendibles privilegios de los bancos enquistados en nuestra legislación. Y –¡ay!– a la inversa, en negativo, en las políticas brutalmente antisociales que están difundiendo masivamente el sufrimiento entre millones de seres humanos: no hace falta ser marxista para saber y decir por qué y en beneficio de quién. Y ahí está también, por ejemplo, la nueva regulación (que no *derecho*) del trabajo, pérfidamente instrumental, para demostrarlo... Y la expulsión de las conquistas sociales en la materia, de los actuales ordenamientos, en los que pronto bastarán los cuatro artículos que afianzaban la calidad de mercancía de aquel en los códigos civiles de inspiración napoleónica.

**Benjamín Rivaya:** *Creo que fue en los años ochenta cuando ejerciste la judicatura en Bilbao y te encontraste, por una parte, con un terrorismo salvaje (si no estoy*

*equivocado, levantaste el cadáver del ingeniero José María Ryan), y por otra con un quebrantamiento de la legalidad, también salvaje, por parte de la policía y la guardia civil. El caso Linaza representa, mejor que ningún otro, los problemas de la judicatura y cómo el poder político trataba por todos los medios de someterla. De ahí la enorme importancia del principio de independencia judicial. ¿Cómo no recordar la sentencia de Alfonso Guerra: «Montesquieu ha muerto»? ¿Ha resucitado? ¿Habrà que resucitarlo? Lo pregunto porque fuiste tú quien dijiste que «el juez que de verdad es independiente es un juez incómodo y con frecuencia deberá tomar decisiones que no son gratas a los centros de poder. Eso hace difícil su existencia». Si en un principio fuiste identificado con el «uso alternativo», después pasaste a ser identificado con las tesis garantistas: ¿«Uso alternativo» y garantismo no están enfrentados? Es al menos lo que dicen algunos.*

**Perfecto Andrés:** Nada menos que a Hobbes se debe en origen la postulación del juez como «tercero», como sujeto imparcial y, en tal sentido, diríamos hoy, idealmente ajeno a la lógica del poder *tout court*, y atento solo a la del derecho, según lo postulado ya en época medieval por el juez Coke frente al monarca inglés. Lo escribió de forma muy hermosa Calamandrei, también lo ha hecho Satta, y lo ha formulado con rigor inigualable Ferrajoli: la imparcialidad, la equidistancia de los intereses en conflicto es condición *sine qua non*, presupuesto de una jurisdicción digna de este nombre. Y la independencia es, a su vez, presupuesto de aquella. La independencia, como la imparcialidad son valores difíciles. No hay partido de oposición que no los defienda con calor ni partido en posiciones de gobierno que no los conculque o abjure de ellos con idéntico fervor. Y son valores cuyo ejercicio puede presentar dificultades. (Es obvio que tomo a nuestras sociedades como referente, no hablaré de aquellas en las que el juez arriesga el pan de sus hijos o incluso la vida, por serlo dignamente). Pero lo cierto es que también entre nosotros hay situaciones y momentos que la independencia y la imparcialidad no son fáciles. El caso de Bilbao aludido en la pregunta es buen exponente: en cosa de horas tuve que hacer una entrada en comisaría, casi forzada, por los obstáculos, para examinar con el forense a un detenido sospechoso de pertenencia a ETA y del que se decía estaba siendo torturado; y levantar luego en el monte en cadáver del ingeniero Ryan bestialmente asesinado por ETA; compartiendo esta diligencia con el propio Jefe Superior de Policía que había tratado de impedirme horas antes la realización de aquella otra a la que me he referido.

La dificultad está en la aceptación de la vigencia del Derecho, por encima de los coyunturales intereses de grupo, clase o partido. El caso Linaza es en este sentido paradigmático: unas torturas *de libro* (sí, de *manual de inquisidores*). Una juez de Bilbao, Elisabeth Huertas, ejemplarmente en su papel del lado del Derecho. Y, con paradoja, una mayoría política transversal, burdamente prevaricadora... Este *sentido del Derecho* es el que se expresa en la famosa afirmación de Guerra antes transcrita. Un Guerra que hace muy poco ha rectificado (nunca es tarde), en justa respuesta al independentismo catalán: «el *demos* no puede prevalecer sobre la legalidad», que –yo apuntalaría– es, a su vez, en otro plano, una expresión del propio *demos*.

El problema no es el juez sino el juez que cree en su papel de órgano del Derecho y se toma este *constitucionalmente en serio*, es decir, leyéndolo de arriba a abajo. Esta es una concepción y una práctica de aquel que, como lo acredita la extensión de los

fenómenos de corrupción, ha demostrado ser *políticamente* insoportable: sin que importe el color de la mayoría gobernante.

En esta perspectiva, la *jurisprudencia alternativa* y el garantismo responden al mismo paradigma. Algo que se ve muy bien en la italiana confrontación de Cortes a la que antes me he referido: la extensión de las garantías del imputado a todo el curso del proceso penal fue una *alternativa constitucional* a la limitada aplicación de las mismas, defendida por la Casación transfascista, ya en un momento postconstitucional. Y que, a otra escala, pudo verse en España en la discrepancia registrada, a principios de los 80, entre la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, a propósito del valor probatorio del atestado.

**Benjamín Rivaya:** *Es un buen momento para traer aquí a colación a Luigi Ferrajoli, buen amigo tuyo, con el que has caminado un recorrido intelectual desde un principio hasta hoy mismo. ¿Cómo valoras la figura de Ferrajoli?*

**Perfecto Andrés:** Luigi Ferrajoli fue magistrado durante un tiempo, inscrito en Magistratura Democrática, asociación con la que no ha dejado de colaborar. A él se deben algunos trabajos tempranos que son el mejor y más rico abordaje crítico del sistema judicial de ascendencia napoleónica. Desde mediados de los 70 su dedicación es básicamente universitaria. Entonces, inició un impresionante trabajo de investigación, culminado en 2007 con una obra *epocale*, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, publicada en castellano (Trotta, 2011) en tres imponentes volúmenes. Por el camino, como un paréntesis, dejó escrita otra obra monumental, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trotta, 1995) que lleva diez ediciones en castellano. Tendría que evocar también muchos otros libros y un número inabarcable de artículos; y una vivísima y generosa militancia cultural sin parangón, de este y del otro lado del Atlántico. Pues bien, creo que de Ferrajoli hay que decir que en todo aquello de lo que se ha ocupado ha marcado un antes y un después. Con *Derecho y razón*, en el modo de entender el sistema penal y la jurisdicción, y el mismo estado de derecho. Una obra con la que levantó el edificio del garantismo, desplazando a esa suerte de nihilismo jurídico que es el abolicionismo, sugestivo, sí, en la crítica, pero que, aparte otros problemas, no construye nada y deslegitima la forma jurídica, un instrumento de garantía imprescindible. Con *Principia*, en particular, en lo relativo a la Teoría del Derecho, que ha axiomatizado (es la primera vez que se formaliza un fenómeno empírico), poniendo en pie una del todo original reformulación de aquella, verdadero paradigma de rigor y coherencia y un instrumento de eficacísima proyección práctica en todas las disciplinas. Ahora, cuando respondo a estas preguntas, está concluyendo una investigación sobre Kelsen, autor al que admira y en el que se reconoce en tantas cosas, poniendo de relieve algunas aporías teóricas existentes en su obra. Este libro, diría, un diálogo entre gigantes, creo que revolucionará lo que es el modo más habitual de lectura del enorme jurista y padre de la «Teoría pura del Derecho».

**Benjamín Rivaya:** *Por cierto, los derechos ¿lo son solo si están protegidos, o una cosa son estos y otra su garantía?*

**Perfecto Andrés:** La pregunta apunta otro gran tema de Ferrajoli, en disputa con el modo de entender el asunto, habitual en el positivismo. En este, se tiende a cifrar la

existencia del derecho en la dotación de la garantía pues, de otra manera –se dice– sería *un flatus vocis*. Es un punto de vista presente en la jurisprudencia constitucional, en el tópico que incluye la garantía procesal en el núcleo esencial del derecho. Para Ferrajoli los derechos fundamentales son en sí mismos normas del máximo rango, como tales, dotadas de existencia e imperativas por su sola consagración constitucional. Con este punto de partida, el establecimiento de la garantía es un deber jurídico-constitucional impuesto al legislador ordinario, que, por tanto, debe establecerla, y que no tiene en su mano el poder de disponer del derecho. Si no lo hace, habrá una omisión culpable de aquel, una laguna. El punto de vista tradicional resulta sugestivo, ya que, en el planteamiento, da la impresión de que el derecho *gana*, como consecuencia del refuerzo que parece aportarle la integración en él de la garantía. Pero el resultado es que, con ello, se libraría, en realidad, su existencia a la discreción del legislador ordinario, por lo que, en realidad, *pierde*. Todo sin contar con que, con semejante modo de ver, se devalúa la función prescriptiva de la Constitución.

**Benjamín Rivaya:** *Un tema que me interesa es el del conocimiento de los hechos por parte del juez. Se trata, es claro, de un conocimiento probabilístico, que, como tal, podría no ser cierto; y esto me parece terrible. Terrible, sobre todo, para el justiciable, algo bien apuntado por Montesquieu, pero también para el propio juez, que al final de su vida profesional no dejará de preguntarse ¿cuántas veces me he equivocado? Terrible poder porque, al fin, nunca será controlable del todo, y de aquí la tremenda responsabilidad.*

**Perfecto Andrés:** El poder de juzgar, es cierto, está connotado por una, diría, *natural* arrogancia. El juez es un sujeto que da y quita la razón, por lo que parece que *la tuviera* por principio. Y no, *no la tiene*: debe *cargarse* de ella dentro del proceso. La principal fuente de riesgo en el uso de ese poder, que es el de «decir el derecho», está en el descontrol de la subjetividad, por eso –algo particularmente claro en el proceso penal– la garantía radica en potenciar la intersubjetividad en el curso de la adquisición de conocimiento mediante la prueba. Es la clave del proceso acusatorio y contradictorio, del recto entendimiento de las garantías procesales, que culmina en el deber de motivar rigurosamente las resoluciones. El asunto, en el que hay una indudable fuente de riesgo para terceros, es apasionante y en él se juegan una cuestión de método (que es jurídico y también al mismo tiempo epistémico), y de ética, de honestidad intelectual.

Lo más grave es que ha faltado una buena cultura de esto y durante siglos los jueces han fallado en *conciencia íntima*, con palabras de Carrara, por «convicción autocrática», como si la rectitud en el decidir fuera una cuestión de carisma, una impronta sacerdotal, adquirida con la imposición de la toga. ¡Un disparate!, pero de larga vigencia y no del todo desterrado.

Para conjurar ese peligro (y nunca completamente) habría que conjugar una buena formación jurídica, que aporte *seriedad* en la observancia de las garantías procesales como derechos fundamentales; una buena dotación de método en el plano epistémico, que enseñe al juez a trabajar con hipótesis de una forma no meramente intuitiva, sino rigurosa; y una asunción decidida de los imperativos deontológicos en los que se concreta la ética del enjuiciamiento. No es fácil. Para salir al paso de estas necesidades debería apostarse fuerte por la formación de los jueces, y esto no está en la agenda de nadie, sino

librado *de facto*, en la mayor medida, a la calidad del compromiso profesional de cada uno de ellos. Y no basta. Pero hay una cosa que sí puede hacerse, y muy en particular, desde la Universidad, que es crear buena cultura en la materia, que, en efecto, tiene una muy consistente dimensión cultural.

**Benjamín Rivaya:** *Una cuestión que me interesa enormemente y a la que te has referido en tus trabajos es algo de lo que no suelen hablar los juristas, los rituales: palacios de justicia, togas, incluso motivos religiosos, lenguaje ininteligible. En los años 20 mi padre conoció en Valencia de don Juan a un juez que, cuando salía del juzgado, iba precedido de un alguacil que golpeaba en el suelo con su bastón mientras decía a voz en grito: «¡Abran paso a la Justicia!» ¿Efectivamente tienen los jueces relación con los cielos? Pero, a lo que iba: ¿qué función cumplen los ritos?*

**Perfecto Andrés:** Los ritos, seguramente coesenciales a toda práctica de poder, tanto más necesarios cuanto menor sea su legitimidad, cumplen una función ideológica de creación de consenso. Tratan de sugerir la adecuación real de las proyecciones de aquel al significado ideal atribuido a la correspondiente función. El poder de juzgar fue en su origen un atributo regio; y los reyes, ya se sabe –lo explicó muy bien Kantorowicz y entre nosotros García Pelayo– al ejercerlo, supuestamente, hacían uso de una potestad de origen divino. Pero no hay que ir tan lejos. Esa asimilación *propagandística* del juicio humano al divino tiene manifestaciones como las de, por ejemplo, el magistrado Hijas Palacios, que (en 1960) escribía: es «Dios» quien «otorga [a los jueces] la confianza de manejar» lo que en su criterio eran «instrumentos divinos». Y está también presente en autores como Castán. Y, desde luego, algo más discretamente, pervive: los jueces siguen jurando (también prometiendo) ante un crucifijo que preside la escena, alzándose sobre la Constitución y la Biblia, en un significativo *dos a uno*. Y los rituales, togas, medallas, condecoraciones aparatosas, toques de campanilla, siguen formando parte del folclore judicial. A pesar de que la presencia de símbolos religiosos en las salas de justicia tendría que jugar un papel parecido al de «la soga en casa del ahorcado», ya que remiten a un modo de entender la jurisdicción movido por el fanatismo y basado en la tortura y la pena capital, del que estuvieron ausentes todos los que hoy son fundamentales derechos del justiciable. Del descerebrado de Valencia de don Juan ¿qué podría decir? Bueno, que debió ser primo-hermano de un juez de Huércal-Overa (Almería) que, más o menos por la misma época, puso en prisión al confitero de la localidad, por elaborar figuritas humanas de azúcar... ¡desnudas! (es real).

También en materia del lenguaje el discurso judicial presenta aspectos problemáticos; que seguramente hunden sus raíces en otros campos. Porque, por poner un ejemplo, si a los alumnos de la Escuela Judicial (que todavía no han comenzado a ejercer) se les pide que describan un atardecer, lo harán mejor o peor, pero tratando de adaptarse a un cierto patrón literario. Ahora bien, si se les encarga la redacción de unos hechos probados o de un fundamento de derecho, desaparecerán los puntos, sobre todo los puntos y aparte, emergerán los gerundios y, a muchos, les saldrá un texto como de atestado... Todos los oficios se sirven de un aparato conceptual, obviamente imprescindible; pero otra cosa es la jerga, siempre con algo de *alienante*, y en esto, sí, hace falta una (modesta) *revolución cultural*, que, creo, no debería quedarse en los jueces y llegar a otros sectores de juristas.

**Benjamín Rivaya:** *Resulta inevitable preguntar por el fenómeno de los jueces estrella. En algunas ocasiones has escrito algo con lo que estoy de acuerdo* «La de los jueces debe ser una cultura de la discreción». El tema conecta con el caso Garzón. Por cierto, tú formabas parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: ¿participaste en ese proceso? En cualquier caso, ¿qué opinión te merece, el proceso, por una parte, y por otra, su repercusión mediática?

**Perfecto Andrés:** El «juez estrella» es una patología de la jurisdicción. No me refiero, claro, al juez que destaca públicamente, por lo general a su pesar, por la envergadura de los casos, no. Lo hago a aquel que, con ocasión de estos, *se construye* una imagen y juega en cualquier campo (incluido el de fútbol, con saques de honor, palcos y cosas así) a su explotación mediática. Es la perversión de una función como la judicial, que debe estar presidida por la medida, la discreción y la austeridad, también en la puesta en escena. Algo perfectamente posible, queriendo; por cierto, a pesar de que los *media* buscan con frecuencia establecer con los jueces que llevan grandes asuntos una especie de inadmisibles *do ut des*, que en ocasiones, suele resumirse en una suerte de intercambio de buena imagen por información o trato privilegiado al informador. Por ejemplo, un juez que gestionó de manera ejemplar casos *estelares* y no fue un «juez estrella», a pesar de ser un magnífico actor teatral, es el milanés Giuliano Turone, instructor, entre otros muchos, del macro-caso de la *Logia Propaganda 2*. Y lo mismo, nada menos, el propio Giovanni Falcone, al que conocí de cerca.

El de Garzón de la pregunta –prescindiendo de los antecedentes, entre los que, no hay duda, se cuentan intervenciones tan meritorias como la relacionada con Pinochet– fue más que un caso. Fueron tres, cierto que dominados por uno, el de los crímenes del franquismo que, comprensiblemente, ocupó casi todo el espacio informativo. La naturaleza del asunto y la tremenda injusticia perpetrada con las víctimas, realmente existente, unida al perfil político ultra de los querellantes, que concurrió también en el caso de los dineros de Nueva York, favoreció la tesis de la conspiración universal, en la que, se dijo, estaría asimismo envuelto el tribunal. Tal forma de presentación es un verdadero insulto a la inteligencia, pero fue, como en otros supuestos, eficaz, por su efecto de encubrimiento. En el caso de los crímenes del franquismo sirvió para ocultar al gran público que el propio Garzón se había negado antes a admitir una querrela por la masacre de Paracuellos, por ausencia, dijo, de marco legal y porque en todo caso el delito habría prescrito. E igualmente para ocultar que Garzón no habría sido nunca competente por ley para perseguirlos, y que el recurso al delito contra los altos organismos de la nación fue un *invento* y un verdadero abuso de proceso. Con todo, entiendo que no hubo prevaricación en sentido técnico, que es como se decidió en la sentencia.

El caso de las escuchas del Gürtel tuvo su origen en una actuación *judicial* incalificable y sin precedentes: un juez de instrucción que *se infiltra* subrepticamente en la relación del imputado en prisión con su abogado. Con tal medida no es que hubiera una simple quiebra de garantías, es que se produjo una auténtica voladura del proceso, que, sin derecho de defensa, no existe. Además, la brutal injerencia careció de todo fundamento legal y fue acordada mediante un auto prácticamente sin motivar. Curiosamente, el Tribunal Constitucional ha dicho no hace mucho, en otro asunto, que ni la Ley de Enjuiciamiento ni la legislación penitenciaria (en las que Garzón, sin ningún razonamiento, pareció apoyarse) prestan base a un tal modo de proceder. Algo obvio.

En fin, sobre el caso de los dineros de Nueva York (todos los datos se han publicado): juzgue el lector. Un juez pidiendo dinero a los responsables de los principales bancos y empresas del país para una actividad académica (yo diría *académica-autopublicitaria*) en la que el solicitante tenía un interés, también económico. Y que en la gestión de este operó claramente como juez, tanto que hay constancia de que, al menos en dos ocasiones, utilizó (¡en Nueva York!) sobres con membrete de magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, para reclamar el abono de parte de las cantidades comprometidas por algunos de los donantes. La desviación de la legalidad es tan clara que el propio Garzón trató de eludir su responsabilidad en dos programas de Jordi Évole diciendo que cuando estaba en Nueva York (con licencia por estudios) «no era juez» o que se encontraba en situación de «servicios especiales», algo absolutamente incierto. El instructor de la causa, entendió que el posible delito (de cohecho impropio) había prescrito. Y, sí, era cierto.

Yo (pido disculpas por la autocita), una vez cerrados los procesos en la Sala Segunda, escribí un trabajo titulado «Casos Garzón: necesario distinguir», publicado en varios países. Y, en efecto, creo que en esto, *en distinguir*, estaba y está la clave. Frente a los que, como el propio interesado, han jugado, no sin éxito, al *totum revolutum*, a confundir. A lo que no diré que no haya contribuido, aunque no de manera esencial, alguna actuación de la propia Sala Segunda, que debiera haberse evitado. Pienso, en particular, en la insistencia de dos secciones de esta en juzgar, cuando ya se habían implicado en la instrucción.

**Benjamín Rivaya:** *Ya, en fin, ¿podrías señalar las diez obras jurídicas que más han influido en tu manera de entender y practicar el derecho?*

**Perfecto Andrés:** No me resulta fácil, pero ahí van, tratando de considerarlas desde el momento de su lectura (y citadas por las ediciones que utilicé):

- Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. cast. de J. A. de las Casas, con el comentario de Voltaire, Introducción, apéndice y notas de J. A. del Val, Alianza Editorial (Madrid, 1968).
- Umberto CERRONI, *Marx y el Derecho moderno*, trad. de A. Córdova, Jorge Álvarez Editor, Buenos Aires, 1965.
- Elías DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.
- Piero CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix Zamudio, EJEA, Buenos Aires, 1960.
- Gustav RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de L. Recasens Siches, prólogo de Fernando de los Ríos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.
- Massimo NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1974.
- Giulio ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979.

## DIÁLOGOS JURÍDICOS 2016

---

- Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, con prólogo de Norberto Bobbio, Laterza, Roma-Bari, 1989 (trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 10ª edición, 2009).
- Giovanni TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.
- Michele TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992 (trad. de J. Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos jurídicos*, Trotta, Madrid, 2002).

## BENJAMÍN RIVAYA ENTREVISTA A JUAN JOSÉ GIL CREMADES<sup>(\*)</sup>

**Benjamín Rivaya:** *Comencemos por su primera formación. Supongo que en Zaragoza.*

**Juan José Gil Cremades:** Antes de ir a la escuela es obvio que hay que nacer. El cuándo, el cómo y el dónde de ese hecho, condicionan en gran medida la respuesta. Nacer en Zaragoza el 26 de mayo de 1937 en un refugio de emergencia, al que se había acudido ante una alarma aérea, no es trivial. En el futuro, más tarde que pronto, habría que preguntarse por las razones de esa guerra. Uno iba recogiendo indicios: sin drama, mi madre me repetía la circunstancia, pero omitía el contexto. En la misma línea de cabos sueltos, me contaba que en otro piso de la casa vivían por entonces unos aviadores alemanes, a quienes les hacía gracia el bebé por la forma de su cabecita, llamándole cariñosamente el «alemancico». Cuando supe leer, al colegio se entraba, dejando de lado unas instalaciones abandonadas en cuyas paredes se leía varias veces «pronto socorro». Una precoz formación trilingüe parecía aquella.

En el colegio de los frailes de San Agustín, vestidos entonces de hábito negro con correa y tonsurados, cada jornada se iniciaba con una misa y el canto, formados en filas, del «cara al sol», rubricado por uno de los frailes, casi siempre el mismo, por los «gritos de rigor». Los que se las daban de enterados murmuraban que los agustinos, que regentaban el colegio y la Universidad de El Escorial, hacían ostentación de tal fidelidad, ya que en la basílica estaba «presente» la sepultura del «ausente». La enseñanza era dada en general por mediocres que, salvo excepciones, eran polivalentes: un curso podían encargarse de matemáticas y otro de latín o de filosofía. Sólo unos pocos tenían titulación universitaria, y su exigencia por ley de la misma se suplía acudiendo a la que pudieran tener padres de alumnos o conocidos: el colegio apenas contaba con ex alumnos, pues mi promoción fue la quinta. El enciclopédico y «cíclico» bachillerato de siete cursos –el que sistematizó Sainz Rodríguez, y retocó levemente Ibáñez Martín– ofrecía mucha información, tanto de ciencias como de letras, tanto de lenguas clásicas (latina y griega, aunque de ésta en menor medida), como de dos modernas (francés e inglés, en mi caso). Los frailes, en la indoctrinación religiosa, eran bastante laxos, y no acosaban individualmente como ocurría en algún colegio de la época. Aunque la confesionalidad del Estado obligaba asimismo a la enseñanza pública, lamento hoy que mis padres no me matricularan en el zaragozano Instituto «Goya», que entonces –años cuarenta y cin-

---

(\*) Catedrático emérito jubilado de Filosofía del Derecho. Universidad de Zaragoza.

cuenta– contaba con profesores que pasarían después a la Universidad, como Eugenio Frutos en Filosofía, José Manuel Blecua en Literatura española, y en torno a ese centro pululaban con distinta relación nombres como los de Manuel Alvar, Fernando Lázaro Carreter o Gustavo Bueno. Los textos de Blecua lo eran también en el colegio, y en algunos temas se remitía al libro escolar de Frutos. Pero los tres cursos de Filosofía se siguieron por los textos del catalán Joaquín Carreras Artau, editados en Barcelona, por Alma Mater. En sus primeras ediciones tenían por título general: *Elementos de Filosofía aristotélico-tomista*, tal como obligaba la ley, pero posteriormente se sustituyó por el más neutro: *Introducción a la Filosofía*. Luego supe que el autor era más balmesiano que neoescolástico, pero todo ello muy discretamente, ya que era un libro sin apenas apartados, sin notas y sin remisión a lecturas. Su discurso, que algunos aprendían de memoria, me parecía fluido, y lleno casi siempre de buenos argumentos, no de axiomas. En resumen: el libro me sirvió para ejercitarme en síntesis mejor estructuradas que el original y elaboradas con mi propio vocabulario. Como balance diría que la ortodoxia católica de esa formación salía vencedora de una lánguida y simplista «formación del espíritu nacional», que no se tomaba en serio.

No puedo menos de recordar de esa etapa que la enseñanza de la historia de España se hizo con el grueso texto de Ciriaco Pérez Bustamante, que entonces era manual en los cursos «comunes» de la Facultad de Filosofía y Letras. Tamaño volumen apenas permitía llegar en clase al fin de la dinastía austriaca, si bien el profesor actuaba con gran rigor en los exámenes. Así que mi bagaje en historia fue notable y llevado con buen ánimo. El texto, como se vio después al cursar la Historia del derecho en la Facultad, era más bien una historia de las «instituciones», siguiendo el precedente de Eduardo de Hinojosa. Ni siquiera leyendo por mi cuenta el libro hasta el final, pude enterarme de «mi guerra», la que emitía alarmas aéreas inopinadas, y de la que sólo me quedó la imagen del infantil manual de lectura, *El Libro de España*, de Edelvives, en el que dos huérfanos de militar caído en combate se paseaban por España, región por región, y se les recordaban las batallas que, en este o aquel punto, fueron libradas por el «glorioso movimiento nacional».

Aquella etapa tuvo un buen final: el «Premio extraordinario» en el llamado «examen de Estado», que me concedió un tribunal presidido por el Catedrático de Literatura Francisco Ynduráin, un navarro, con elegancia de caballero andaluz. Así se cerraba mi enseñanza «media».

**Benjamín Rivaya:** *La carrera de Derecho también la estudió en Zaragoza, ¿no? ¿Qué recuerdos tiene de la Facultad de entonces? ¿Quién le dio clase de Derecho Natural, en primero, y Filosofía del Derecho, en quinto?*

**Juan José Gil Cremades:** La carrera la empecé en Zaragoza, pero la concluí en Madrid, en la Complutense. La vida no es lineal; al menos no lo ha sido la mía. Me da la impresión, desde que he empezado a hablar, que al final, exponiendo trozos de vivencias, voy a hacer un cobertor, un «patchwork», bajo el cual no sé lo que se va a cobijar. He repetido, incluso en clases, esa consideración pirandelliana, llena de escepticismo, de que la vida es un saco que hay que llenar de razones para que se tenga en pie. Sólo rectificaría señalando que se puede llenar de buenas y malas razones, y que cabe incluso, a lo largo

de los años, sustituir algunas de las malas, por otras buenas, que después se tuvieron a mano. A diferencia de las reformas posteriores del bachillerato, que obligaban a que el niño tuviera de que elegir –ciencias o letras, matemáticas o latín, y otras zarandajas– mi enciclopédica formación, se vio coronada por un inaugurado «curso preuniversitario», de cinco meses de duración, que introdujo la reforma del ministro Ruiz-Giménez, en 1954. Así, bruscamente, se tuvo que optar, y se hizo, más bien movido por el ambiente familiar de juristas, por la Facultad de Derecho, y no tanto, como entonces se abusaba decir, por una «vocación». En la materia en que sería catedrático –lo que no estaba entonces entre mis objetivos–, el «Derecho natural», el profesor que la enseñaba era un católico militante, diputado por la CEDA en las Cortes de la II República, y Rector de la universidad desde 1941, hasta ese año de 1954 en que se incorporó nuevamente a las tareas docentes. Don Miguel Sancho Izquierdo seguía fielmente su propio texto tomista, más bien, neoescolástico, que tenía la virtud de ser breve, pero parecía más apropiado para un auditorio de seminario sacerdotal, que de universidad.

El profesor que verdaderamente me contagió virtudes universitarias fue el de «Derecho político», el granadino Nicolás Ramiro Rico, un tanto anárquico, y con remisión flexible a un texto, editado por Aguilar, la *Introducción a las ciencias sociales*, escrito por Francisco Ayala, del que supe que era un exiliado en Sudamericana, republicano liberal, seguidor de Azaña, y para mí con claro influjo de Ortega y Gasset, quien, junto con «Azorín» en lo literario, era mi lectura autodidacta en cuanto a pensamiento. Las páginas de Ayala, escritas en elegante castellano, se ocupaban de la «crisis de la democracia» en la «sociedad de masas». Las clases sin esquema de don Nicolás no se dirigían a los oyentes, que no le entendían, sino a unos pocos que, a su manera, podían «jugar» con él: me acuerdo de la exposición que tuve que hacer en clase de una colaboración de Raymond Aron en la «Nouvelle Revue Française».

Mi segundo curso se abrió en octubre de 1955 con la muerte de Ortega. La evaluación de la figura me vino de «Alcalá», la cuidada revista del SEU. Así que tome nota de lo que posteriormente se denominó, sin acierto, falangismo «liberal». También recuerdo muy vitales los «colegios mayores», con sus actividades culturales, que permitían ampliar el horizonte, abierto en mi caso por las lecturas de Derecho político. Así disfruté, por ejemplo, de una biblioteca con volúmenes recientes, de editoras latinoamericanas, entre los que me impactaron *Cristianismo y democracia* y *El hombre y el Estado*, de Jacques Maritain. Para mí supuso enfrentarse a la relación entre cristianismo y mundo moderno, es decir el mundo surgido de la ilustración y de la revolución francesa, sin quedarse en la reiteración de un tomismo clerical poco atrayente, y que se instrumentalizaba para condenar el «mundo moderno».

Dada la dirección hacia la abogacía que se quería dar a mis estudios, se me hizo ver, ese mismo año de 1956, hacerlos compatibles con una precoz especialización, que parecía conveniente, con vistas al ejercicio de la profesión en un bufete familiar: marchar a Italia, concretamente a Roma, a estudiar Derecho canónico y atender causas matrimoniales, muy lucrativas en aquella situación jurídica que imponía a los españoles la forma canónica de matrimonio. Ciertamente ese segundo curso había tenido un profesor adjunto de canónico muy estimable, Luis Horno, cuyas clases eran un excursus, siempre con buen sentido, por las cuestiones más variadas, sin caer en lo anecdótico, con un estilo y elegancia a lo Baltasar Gracián, y con un talante de católico a lo Mauriac,

Nobel de Literatura pocos años antes. Era crítico literario muy respetado de «Heraldo de Aragón», hasta el punto que los más acreditados críticos de Madrid y Barcelona acabaron reuniéndose anualmente en Zaragoza, bajo su dirección, para otorgar el prestigioso Premio de la Crítica. Como canonista lo recuerdo como un profesor cumplidor y correcto.

Ya que en la Facultad de Derecho italiana no se estudiaba, como en España, Derecho canónico, sino Derecho eclesiástico (relaciones Iglesia-Estado), se me matriculó en un centro de la Iglesia católica, el «Angelicum», regentado por los dominicos. Lo que se empezó, confieso, de malagana, se concluyó con un balance positivo. Entonces y ahora he considerado un privilegio esa temprana estancia de tres años en una Europa en plena «guerra fría», viniendo de una España aislada, periférica. Llegué a Italia en octubre de 1956, coincidiendo con el despliegue de los tanques y tropas rusas en las calles de Budapest, que sofocaron la vía húngara al socialismo, pero que se abría un proceso de revisión de Stalin, que repercutía en la crisis del propio PCI. De otra parte me parecía ver entonces a la democracia cristiana como la vía católica hacia la democracia, que, en el futuro, conciliase por fin el catolicismo político español, no colaboracionista con la dictadura, con la democracia liberal. A los pocos meses, en marzo del 57, se firmaba el Tratado de Roma, y estuve en Campidoglio para ver entrar en el Capitolio a Adenauer y a Spaak, un democristiano y un socialista. Y adquirí la certeza de que España no formaría parte de esa Europa hasta que no dejara la dictadura y se enderezara a la democracia. Asistí además a prácticas políticas, desconocidas en la España franquista: los debates parlamentarios, los mítines de los partidos –recuerdo, sobre todo, los de Fanfani, Togliatti y el social-demócrata Saragat–, o la fiesta sindical del 1 de mayo en Piazza del Popolo. En los últimos meses de estancia, en octubre de 1958, era elegido papa Juan XXIII, y en enero del 59 se convocaba el concilio: se ponía en evidencia que la Iglesia, y por supuesto la española, había que ponerla al día. También era mi primera experiencia como habitual espectador de la televisión estatal única: cambiaba así mi cotidianeidad.

Mis estudios se estaban enfrentando a mis inclinaciones dominantes. La tesis doctoral que presenté, no calificada con nota máxima, fue más histórica, que de derecho positivo. Me sirvió, sin embargo, para visitar bibliotecas, sobre todo las de la universidad pública «La Sapienza», en cuyas aulas o seminarios me introducía por curiosidad. Conservo especial recuerdo de Emilio Betti, que desarrollaba en su enseñanza, en parte, la *Teoria generale dell'interpretazione*, que estaba aun «caliente», pues se había publicado en 1955. El planteamiento, por parte del profesor italiano, de los problemas interpretativos que suscita toda praxis social, incluida la jurídica, despertaría posteriormente mi interés por los temas de metodología jurídica.

Con más dudas sobre si el bufete de abogados sería mi lugar de destino, volví a Madrid, donde me acabaría instalando, dejando la provincia, y mis estudios concluyeron en el curso 1959-1960 en la Complutense. No empujaba tampoco a una opción por la filosofía jurídica el titular de la cátedra de Filosofía del derecho, Wenceslao González Oliveros, que se jubilaba al final de ese curso. Sabía que, durante la Dictadura de Primo de Rivera, había sido director general con el ministro Callejo, también catedrático, con poca obra escrita, y no más méritos, de Filosofía del derecho. También me vi obligado a recoger la firma de la papeleta con la nota de mi examen en su despacho ya destartado del Tribunal de responsabilidades políticas, ya inoperante, pero recordando un pasado de oprobio. Por la falta de preparación de las clases y las continuas repeticiones, que

la memoria no retenía como tales, parecía afectado de senilidad. Mantenía la divisa de ser «España superior a Europa», por su cultura «superior» a la protestante, y condenaba la modernidad. Pero, otra vez la paradoja. El catedrático puso como libro de texto la traducción del jurista alemán Hans Welzel, *Derecho natural y justicia material*, hecha por González Vicén, y editada en 1957 por Aguilar. Welzel, a mi modo de ver de entonces, si bien situado en la órbita del neokantismo, mitigaba el relativismo al admitir la «objetividad» de ciertas estructuras de la realidad social. A ese planteamiento final llegaba tras hacer un repaso por las diversas formulaciones históricas del «derecho natural», entre las que incluía la «escuela de Salamanca», pero distinguiendo en ella corrientes, algunas de las cuales influyeron en la secularización del «derecho natural». Planteamiento, pues, que contrastaba con la glorificación que de ella hacían nuestros profesores de la materia, perezosos en el estudio pormenorizado de los integrantes de dicha «escuela», que englobaban en un todo «contrarreformista».

En resumen, al concluir mi formación jurídica, planeada para ejercer la abogacía, había un cierto desencanto, pero una fruición intelectual: autodidacta, leía con curiosidad clásicos de la filosofía y el pensamiento político, historia moderna y contemporánea, literatura clásica y actual, particularmente española. No había encontrado todavía acicates para dedicarme a la filosofía jurídica, si bien me encontraba más a gusto en el ámbito de la teoría. Eso debieron de ver también dos miembros del tribunal de premio extraordinario de la licenciatura en derecho, el civilista Federico de Castro y Bravo, y el internacionalista Mariano Aguilar Navarro, quienes junto con el tercero, el economista Jesús Prados Arrarte, me otorgaron el de derecho público, el 20 de noviembre de 1960. Castro y Aguilar me animaron a quedarme en la universidad, incluso frecuenté un tiempo el seminario de Derecho internacional, y don Mariano, que se había incorporado pocos meses antes a la Complutense, después de unos años en Sevilla, me fijó unas lecturas, primordialmente de cursos señeros de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Era grato aquel ambiente, donde destacaban los sevillanos que habían venido con Aguilar Navarro a Madrid. Mis resúmenes de los cursos debieron convencer a don Mariano de mi proclividad por los planteamientos teóricos e históricos, y me orientó a seguir una formación de filósofo del derecho.

**Benjamín Rivaya:** *Planteada la decisión por la Universidad y la filosofía jurídica, ¿qué profesor o profesores creyó que podrían ayudarle a hacerla realidad?*

**Juan José Gil Cremades:** Para mi suerte dio la coincidencia de que aquel curso 1960-1961, accedieron a sendas cátedras de Filosofía del derecho de la Complutense, Luis Legaz Lacambra, por concurso de traslado desde Santiago de Compostela, y Joaquín Ruiz-Giménez, por oposición. Había que optar, y al no haberse dado en ambos casos una ocasión de encuentro, tuve que hacer por mi cuenta una valoración de su obra escrita. Conocía de Legaz, su *Filosofía del Derecho*, que me parecía superior a *Derecho y vida humana*, de Ruiz-Giménez, que leí en sus ediciones respectivas de 1960 y 1957: aquél presentaba un torso más amplio de temas y de fuentes, y un estilo nada retórico, sino pulido, de escritura; éste, en contraste, se ceñía a lo que parecía ser el terreno donde mejor se movía: «reflexiones a la luz de Santo Tomás» expresadas en un tono que, si no clerical, hacía suyas las claves de un estilo ya conocido por mí, emparentado con el Ortega traducido a la cadencia «azul» del falangismo. Pero no podía desconocer, por

su inmediatez, la aureola que rodeaba a don Joaquín tras su paso nada pacífico, dada la «balsa de aceite» que pretendía ser el régimen político, por el Ministerio de Educación, y su salida de él, tras los sucesos sangrientos de 1956, que seguí desde fuera de España. Don Luis, en contraste, era un estudioso de provincias, aunque proclive a cargos académicos, coronados por el largo Rectorado de la Universidad compostelana, tan largo como lo permitía mantener el orden sin sobresaltos. Por su origen y estudios en Zaragoza, era conocido por algunos de mi familia, y él supo ubicarme en ese ámbito, lo que me ahorró explicaciones. En síntesis, la «intrepidez» de don Joaquín contrastaba con la «timidez» de don Luis.

En la elección por éste jugó papel predominante mi proclividad al estudio y a la investigación. Ya entonces Legaz era el filósofo del derecho español, no exiliado, con mayor proyección internacional: formaba parte del comité internacional de la «Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie» (IVR), la asociación mundial de filosofía del derecho, y era miembro del comité editorial del «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» (ARSP), la revista de la asociación. Legaz, en contraste con los más de su generación, y claramente frente a sus antecesores, era un estudioso, siempre puesto al día, y autor de investigaciones que unían a una información adecuada, atinados juicios de valor. Incorporaba el estilo de quienes en los años veinte se formaron en el extranjero, gracias en buena medida a la Junta de Ampliación de Estudios, y accedieron a las cátedras en los años de la II República. Aunque se han escrito monografías sobre sus años de formación (J. P. Rodríguez González, 1997), o sobre sus aportaciones a la dotación, sin éxito por cierto, de un cuerpo doctrinal al «primer franquismo» (J. A. López García, 1996), yo mismo he intentado una semblanza en el tomo 4 de *Juristas universales* (Madrid, Pons, 2004, 469-473), en donde presto atención al balance que él mismo hizo de su pensamiento político, en sendos artículos publicados en la «Revista de Estudios Políticos» (1971, 1976), cuando su «mundo» se desmoronaba ante un inexorable cambio en la política española. Me remito a lo escrito allí.

En resumen, y como ya señaló J.R. Capella, compañero y amigo, mi elección fue la más afortunada que podía hacerse entonces, dado el pobre nivel de otras personas, que sin embargo facilitaban, en ese tiempo, el acceso a la cátedra.

**Benjamín Rivaya:** *¿Quién le propuso el tema de la tesis doctoral sobre el pensamiento jurídico español de parte del siglo XIX?*

**Juan José Gil Cremades:** No es simple responder a esta pregunta. Quienes conocieron a Legaz podrían dar testimonio de que no era su actitud dominante la de proponer. Más bien accedía: nunca le vi rechazar. Una entrevista con él acababa siendo una sucesión de silencios, de monosílabos, o de un asentir con gestos. Como interlocutor, yo debía llevar muy preparadas las preguntas, llenar el tiempo con observaciones mías, forzar una respuesta, que no siempre llegaba. Si aceptó dirigir mi tesis de doctorado, ello se debió más bien a mi iniciativa. Creo que en el bienio 1960-1962 se perfiló el tema, después de que don Luis me hubiera hecho observar que estudiar a Joaquín Costa era tan excitante, como reiterativo. Lo primero, porque E. Tierno Galván acababa de publicar en 1961 su monografía *Costa y el regeneracionismo*, calificándolo de «prefascista». Lo segundo, porque él había apadrinado la tesis de A. Gil Novales, que vinculaba «derecho

y revolución», de una manera que parecía endeble, y que sería publicada en 1965, el mismo año en que apareció la tesis de N. López Calera, sobre la «filosofía del derecho» de Costa, apadrinada por A. de Asís, y con una acrítica base documental: las deleznable «obras completas» de Costa publicadas sin rigor póstumamente por su hermano Tomás. En mis búsquedas previas resultaron más sugestivos dos trabajos sobre Costa del propio Legaz, publicados en 1946 y 1949, y pensé que él podría llevar a buen puerto mi tarea, que iba a consistir en ver en Costa una base ideológica compartida con muchos otros autores españoles de la llamada «generación del 68», la del llamado «sexenio revolucionario», y su periplo que, tras la decepción del «sexenio», se continuó con fuerza en la «restauración» canovista.

Legaz, que al llegar a Madrid, se consagró a la cátedra con generosidad, y abordó asimismo la capitanía de la filosofía del derecho en el seno del Instituto de Estudios Jurídicos, vacante desde el lamentable suicidio de E. Gómez Arboleya en diciembre de 1959, que a mí me consternó, y asumí igualmente la dirección del «Anuario de Filosofía del Derecho», desarrolló a partir de 1961 en el Instituto de la calle Duque de Medinaceli, lóbrega sede antes de la guerra de la Junta de Ampliación de Estudios, y ahora marco habitual de oposiciones a cátedras jurídicas, un Seminario abierto a sesiones, en principio semanales, que desarrollaban ponencias, que luego eran objeto de discusión. Recuerdo las presencias de Truyol, de Ruiz-Giménez, de Lissarrague, pero también juristas de derecho positivo, preocupados por cuestiones teóricas, como Hernández Gil y Guasp. También estaban los jóvenes, como Sánchez de la Torre, Rodríguez Paniagua, García San Miguel, Ariel del Val, Moya, Hierro u Ortega Díaz-Ambrona. Allí, con más audacia que saber, divagué sobre el tipo «common man» y el realismo jurídico americano.

Esta entrega de Legaz al quehacer universitario se interrumpió pronto. En 1962 fue nombrado subsecretario del Ministerio de Educación, capitaneado por Lora Tamayo, que introdujo la estructura departamental en la universidad, y aumentó las dotaciones de instrumentos de trabajo para los departamentos. Pude así mismo darme cuenta de que los profesores empezaron a prolongar su dedicación a la Universidad, ceñida antes casi sólo a las horas de clase. También aumentaban las adquisiciones de libros en el Departamento de la Central. Legaz estuvo en el Ministerio hasta 1967, pero desde 1970, y siendo ministro del Movimiento Torcuato Fernández Miranda, fue nombrado Director del Instituto de Estudios Políticos. Esos cargos le separaban de hecho de la Facultad y mis contactos con él tenían que pasar por el filtro de secretarías, que dilataban las audiencias.

Todo ello sea dicho para que se entienda cómo el tema de la tesis se fue perfilando de forma autodidacta. En suma: tuve que tomar en mis manos las riendas del trabajo. Veía que fuentes krausistas, neotomistas e historicistas eran citadas por unos y por otros como apoyatura de una tesis general de filosofía política y jurídica que se fue imponiendo en la Restauración: había que rectificar el «individualismo» del liberalismo clásico, vinculándolo al «organismo social», a la sociedad. Con la introducción en esa época del positivismo científico, el organicismo biológico se convertía en organicismo social y jurídico. Al final, con distintas interpretaciones y distintos intereses, los krausistas, los neotomistas y los historicistas catalanes, en su crítica al liberalismo individualista, participaban de fuentes comunes. De ahí una primera hipótesis que serviría de título de la tesis: «la filosofía orgánica del derecho en España».

Esa tesis inicial quedaba reforzada si, además de las lecturas de los textos de una nómina creciente de autores, se estudiaba la organización de la cultura jurídica en el Sexenio y en la Restauración. Se investigaron los órganos de ese poder cultural, desde la política estatal, hasta las facultades universitarias, las academias, los ateneos, las revistas y las editoriales jurídicas. Se trataba de corrientes socialmente implantadas y estructuradas, formando una red tupida, cuyo estudio no se había abordado en su conjunto. Para la época, esa reconstrucción del contexto era una novedad. Para lograr mi propósito pasé, durante cuatro años, horas de consulta en las bibliotecas, sobre todo la Nacional y la del Ateneo madrileño, cuyos fondos eran complementarios: la primera obviaba textos de los krausistas, mientras que la segunda era escasa en textos tomistas. Para estudiar a los juristas catalanes fue necesario desplazarse a Barcelona para consultar la nutrida y bien catalogada biblioteca del Colegio de Abogados y, en menor medida, la del Ateneo barcelonés y la Biblioteca de Cataluña. Para mí, ese ir y venir me enseñaba que, aunque no había razones teóricas de entidad, la España finisecular había fomentado en la práctica, recíprocos distanciamientos, exclusiones, desconocimientos. Estábamos ante una *discordia concors*.

**Benjamín Rivaya:** *¿En qué fecha leyó su tesis doctoral y ante qué tribunal? El libro que la recoge: «El reformismo español: krausismo, escuela histórica, neotomismo», ya se puede decir que es un clásico. La lectura que hacía de esas tendencias era novedosa, pues parecía que no eran tan distantes como habitualmente se pensaba. Luego vendrá «Krausistas y liberales» y otros estudios, por ejemplo, sobre Giner, completando el empeño.*

**Juan José Gil Cremades:** La tesis se terminó de redactar en noviembre de 1964, días antes de marchar para una larga estancia en Alemania, y fue defendida en mayo del año siguiente. En su defensa, hecha al concluir una mañana primaveral y para la que se me concedieron estrictamente diez minutos, fueron de especial interés las observaciones hechas por Federico de Castro, Legaz –entonces el director de la tesis podía formar parte del tribunal–, Ruiz-Giménez o Torres López; en menor medida las de otro historiador del derecho, Manzano. Las hechas por don Federico –que como dije anteriormente había formado parte del tribunal de premio extraordinario de la licenciatura– eran relevantes por dos motivos. El primero, el proceder de una familia sevillana institucionista, por lo que sabía vitalmente del tema; el segundo, haber accedido el último al tribunal en sustitución de un siempre atareado Mariano Puigdollers en su sempiterna dirección general de «asuntos eclesiásticos», y que acabó dimitiendo de su carga académica. Castro es quien más profundamente había estudiado el largo texto, a pesar de haber contado con más breve plazo. Y se veía que lo había hecho con fruición.

Vuelto de nuevo a Alemania, y sin seguir de cerca el proceso, un tribunal presidido por Alfonso García Gallo otorgó a la tesis el premio extraordinario correspondiente al curso 1964-1965. Empezaría luego un largo plazo de cuatro años hasta que el trabajo vio la luz. Una síntesis del mismo, y gracias al interés demostrado por Mariano Aguilar, apareció en «Cuadernos para el diálogo», en octubre de 1966. Después, el periplo de su edición se demoró más de lo debido. La estación inicial fue el Instituto de Estudios Políticos, en cuyas estanterías tragó polvo y algún aspirante a cátedra de Derecho político le copió algún que otro párrafo, lo que me obligaría a cambiar algún pasaje

cuando ya finalmente pasó a la imprenta, ya que lo copiado se había publicado antes. Por fin, y gracias a la atenta lectura del original por el catedrático de Derecho romano de Barcelona, Angel Latorre, a quien no conocía personalmente, éste lo recomendó a Alejandro Argullós, que capitaneaba Ediciones Ariel, donde Manuel Sacristán, bajo seudónimo, había publicado ya traducciones de filósofos del derecho alemanes como Coing y Wolf. Argullós inauguraba en ese año 1969 la colección «Horas de España», con un éxito como fue la espléndida *España. 1808-1939*, del historiador inglés Raymond Carr. En esa colección se incluyó mi monografía, de la que hubo que cambiar el título, a fin de no darle un tinte exclusivo de filosofía jurídica. Así se pasó al definitivo: *El reformismo español*, con el subtítulo: *Krausismo, escuela histórica, neotomismo*. Esa colección ilustraba sus volúmenes, varios de ellos de memorias, con fotografías o grabados. A esa tarea dediqué mi interés, encontrando algunos pecios hundidos tiempo ha en el olvido, haciendo fotos en cementerios civiles, etc. También corrió a mi cargo la redacción de los pies de las ilustraciones.

No es que se comentara mucho la obra en nuestro gremio. Sin embargo, una amplia reseña muy minuciosa y certera del libro hizo el historiador del derecho Rafael Gibert en los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», de Granada, a poco de su aparición.

Luego, ciertamente, su cita, en estudios del tema o de la época, es habitual. Creo encontrar un origen de esa «fama» en la *Historia de España Alfoque*, dirigida por M. Artola, y cuyo tomo VI, *La burguesía conservadora (1874-1931)*, Madrid, Alianza, 1973, redactado por M. Martínez Cuadrado señala que «dos libros recientes condensan desde puntos de vista distintos los problemas ideológicos que abarca la época», contraponiendo a mi *Reformismo*, el de M. Tuñón de Lara, *Medio siglo de cultura española, 1886-1936*. Luego, en este género de obras colectivas, se cita en *Historia de España Menéndez Pidal*, dirigida por J.M. Jover, particularmente en los tomos XXXV y XXXIX, de 1989 y 1993, respectivamente, y concluye por ahora en J.P. Fusi, *La España del siglo XX*, Pons 2007. También señalan su relevancia en el momento de su aparición, J. L. Abellán en su *Historia crítica del pensamiento español*, en el tomo IV (1984), o Elías Díaz, en su *Pensamiento español. 1931-1973*. Por no cansar, concluiría con el buen uso que hace de los materiales del libro F. Tomás y Valiente, en el capítulo sobre «El pensamiento jurídico» incluido en M. Artola (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, vol. III (1988), así como en su obra: *Códigos y constituciones* (1989). En la bibliografía extranjera señala el carácter «canónico» de la monografía, aun sin dejar de apuntar atinados puntos de vista críticos, J.-H. Scholz, en el apartado dedicado a España en la monumental obra editada por H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, tomo III, 1982.

Esa continuada y calificada apelación al libro, sin impedir que vayan apareciendo monografías sobre corrientes y autores tratados en ella, se continúa hasta hoy, a pesar del tiempo transcurrido.

Por último, la pregunta que se me hace parece insinuar, al referirse al posterior *Krausistas y liberales* (1974), que por un tiempo continué la estela abierta por la tesis doctoral. En efecto, no hay que negar que en distintos momentos, y no sólo en España, sino también en Portugal y en Alemania, se me ha invitado a participar en encuentros y desarrollar allí cuestiones abiertas por ella. El mismo *Krausistas y liberales* es una colección de artículos diversos, uno de ellos sobre F. Giner publicado antes en los gra-

nadinos «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», pero también dos inéditos, de los que uno abría un tema al que dediqué varios trabajos: la dimensión política del krausismo español. El otro, que estudiaba la figura literaria del krausista en la novela realista y naturalista a fines del XIX, fue bien recibido por los estudiosos de la literatura española, entre quienes he encontrado amigos tan reconfortantes como J. C. Mainer.

**Benjamín Rivaya:** *Al poco, obtuvo la beca Humboldt, con la que se fue a Alemania. ¿Cuánto tiempo estuvo allí? Desde el punto de vista de la filosofía del derecho y de la filosofía en general. ¿Qué pensamiento y qué pensadores le influyeron?*

**Juan José Gil Cremades:** Creo que antes de mi estancia alemana, con la tesis sin publicar bajo el brazo, convendría referirse a otros trabajos que sí se publicaron durante el tiempo de su elaboración. Son mis trabajos «juveniles», aparecidos sobre todo en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, dirigido por Legaz, y que en parte fueron inspirados y alentados por él, como el relativo al influjo de X. Zubiri en la filosofía del derecho de su generación, o el referente a la ambigua relación del positivismo de H. Kelsen con el «valor» de la paz. Otro estudio, muy amplio, que no quiero olvidar y que tuvo una relevancia, no siempre positiva, en las oposiciones posteriores: *La ley natural como participación en Santo Tomás de Aquino* (1962). Del tema tenía lecturas y materiales desde mi formación universitaria, así como de mi estancia en Roma. Pero también tenía el acicate de que las adquisiciones de libros para el departamento madrileño, orientadas por Legaz, incluían recientes monografías sobre problemas candentes del tomismo, particularmente las de C. Fabro sobre el concepto de «participación», que aparece en la definición del Aquinate de «ley natural».

Con estos antecedentes, quería enfocar bajo otra perspectiva la ontología tomista de la ley, teniendo como horizonte el «olvido del ser» heideggeriano. Esa historia de un concepto se tenía que llevar al margen de una manera habitual de abordar entonces nuestros filósofos del derecho el tema: la mera glosa de los textos tomistas, casi circunscritos a la *Summa*. Tomás, tenido por aristotélico, introducía en el concepto de «ley natural», un esencial componente neoplatónico. Había que tener a la vista, pues, un Tomás de Aquino «histórico», que averiguase cómo en su fondo estoico y aristotélico se habían sintetizado elementos platónicos, como revelan las abundantes citas en su obra, también en la *Summa*, de Agustín de Hipona, del Pseudo-Dionisio o de Plotino. Se llevó a cabo el cotejo de fuentes, y se llegó al final a ver con nitidez que, respecto de los contenidos de la ley natural, el conocimiento humano no era «objetivo», en el sentido del neotomismo, que tendía a convertir al tomismo en un racionalismo «objetivo». La «participación» en lo transcendental –la ley eterna– llevaba consigo que nuestro conocimiento de tales contenidos era «*secundum magis vel minus*», esto es, parcial. Asimismo podíamos saber más de los mandatos negativos que de los positivos de la ley natural, que se interpretaba dentro de una «teología negativa», más propia del dominico. Este planteamiento, como ya he indicado, llevó a algunos de mis juzgadores posteriores, y algunos cronistas coetáneos del iusnaturalismo en España, como Serrano Villafañe, o Pérez-Luño, a poner entre paréntesis «mi» concepción del derecho natural, aunque sólo se tratara de mi interpretación del Aquinate. Más relevante, creo yo, es que A. Truyol Serra, en una de las primeras ediciones del Tomo I, de su *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (1975),

siendo tan prolija la bibliografía sobre Santo Tomás, incluyera en su selección este estudio primerizo, tan querido.

Vuelvo otra vez a la pregunta. En efecto, después de haber pasado el verano de 1964 en Alemania, poniendo en forma mi alemán en el Goethe-Institut, volver a España para acabar de redactar la tesis y presentarla en la Facultad, marché a Alemania en el tardo otoño de ese mismo año con una beca de una fundación universitaria española, continuada a partir de 1967 por otra de la Alexander von Humboldt-Stiftung. Con estas fundaciones sigo en contacto, y la alemana ha financiado viajes de «reciclaje» posteriores.

Le elección de universidad y de profesor me fue sugerida por Legaz. Acudí a la Ludwig-Maximilian de Múnich, para encontrar, con una carta de presentación del propio Legaz, al penalista y filósofo del derecho Karl Engisch. En su segunda condición apenas era conocido en España. La primera noticia en español, como ocurría habitualmente entonces, vino del argentino E. Garzón, que en su Córdoba natal había traducido un breve trabajo sobre lógica jurídica (1960). Posteriormente, otra traducción suya de la *Introducción al pensamiento jurídico*, aparecería en Madrid (1967), y ya al año siguiente saldría de las prensas mi traducción de *La idea de concreción en el derecho*, obra de la que, por cierto, Legaz hizo una recensión en el Anuario cuando apareció en Heidelberg. Engisch no era tanto un filósofo como un jurista que filosofaba sobre los conceptos y las técnicas de los juristas. Partiendo de la Ilustración como cultura, y desde la Revolución liberal como práctica política, se pretendía reducir la función de juzgar a resolver correctamente el «silogismo jurídico», la subsunción lógica del hecho bajo la norma. Pero esta operación, aun mantenida como paradigma en aras de la seguridad jurídica, no es simple. En ambas premisas, norma y hecho, estamos más que ante datos, ante interpretaciones de la norma y del hecho. Es más, una y otra de las interpretaciones se complementan: el alcance interpretativo de la norma se concreta en relación al hecho y, a su vez, el hecho, en cuanto jurídicamente relevante, se precisa a la vista de la interpretación del texto legal. Estamos ante un «itinerario de ida y vuelta», hasta lograr la concreción, que permite decidir conforme a lo previsto por la norma. Pero esta operación se produce además en un contexto, que formuló por esos años J. Esser, cuyo *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, no se ha traducido en España en su integridad. Para Esser, quien tiene la función de juzgar, al ejercerla tiene ya un conocimiento previo de las normas, y de cómo son interpretadas habitualmente; tanto por esa razón como por su propia práctica, sabe fijar la atención en los hechos en función de la relevancia jurídica que realmente se les va otorgando, y no en toda su complejidad. En consecuencia, el «horizonte interpretativo», que es la norma, se «funde» con el horizonte del hecho y del momento en que se produce.

Estos planteamientos de juristas obtenían a su vez el respaldo del filósofo Hans Georg Gadamer, quien en *Wahrheit un Methode* (1960) había subrayado el «sentido ejemplar» de la hermenéutica jurídica, para cualquier tarea interpretativa. Leí ese libro con fruición y entendí mejor, en su polémica con E. Betti, a quien como ya dije había conocido en Roma, el por qué de la misma: Gadamer partía de una ontología heideggeriana, y a pesar del título de su libro, no pretende trazar una metodología, sino una teoría filosófica de la hermenéutica; Betti, con clara ascendencia en la moderna tradición idealista de Italia, estaba analizando lo que creía el más correcto método de interpretación jurídica. Ciertamente, llevado por ese interés metodológico, asistí también con asiduidad a las

clases y seminarios del civilista Karl Larenz, quien sin renunciar a sus raíces neohegelianas de los años treinta, había redactado ya una *Metodología del derecho*, publicada también en 1960. Ese libro era el material de sus explicaciones, mientras que en los seminarios analizaba la parte histórica del libro, encargándome en una sesión exponer la postura fenomenológica de Gerhart Husserl, cuyo texto publiqué en una revista chilena. La meta de Larenz, a mi entender, era poder acceder a una «jurisprudencia de valores», y en ese empeño despejaba algunas dudas y consolidaba discrepancias. En la etapa final de mi estancia alemana (1969), Arthur Kaufmann sucedió a Engisch en Múnich, y desde un ágil tomismo, abordaba esos temas interpretativos dándoles un convincente estilo propio. En sus seminarios se hicieron lecturas del Jürgen Habermas de *Teoría y praxis* (1963), sobre todo sus análisis de la modernidad y de los derechos humanos e, inmediatamente antes de mis primeras oposiciones, de *Conocimiento e interés* (1968).

Mientras me ocupaba de esos planteamientos de la relación teoría-praxis, así como de la delimitación del interés emancipatorio de la jurisprudencia, viví ese año de 1968, de una parte, la «primavera de Praga», de la que me contaban pormenores los becarios checos de la Humboldt, que desde pocos años antes había sido un instrumento válido de la *Ostpolitik* iniciada por Willy Brandt. Ellos, jornada tras jornada, contaban sus impresiones de euforia y frustración. De otra parte, el eco de la «revolución» parisina, en pleno segundo semestre, se escuchaba en la explanada de la Glyptothek de Múnich en los mítines, en los que en alguna ocasión tomó la palabra el malogrado líder estudiantil Rudi Dutschke.

**Benjamín Rivaya:** *Pero, para entonces está incurso en unas oposiciones que duraron años, hasta que por fin en 1974 obtuvo la plaza. Sería interesante escuchar de un protagonista el relato de unos hechos que transformarían el panorama de la filosofía jurídica española.*

Juan José Gil Cremades: Esa oposición, que gané, no fue mi «primera» oposición. La primera, fallida, se celebró en Madrid, en el oscuro, además de poco ventilado, edificio de Medinaceli, en los meses de junio y julio de 1969. Eran a «agregado» de las Universidades de Salamanca y Oviedo. Veo que entre todos los papeles de los que me he pertrechado para esta entrevista, guardo pocos del evento, pero procuraré reconstruirlos. La composición definitiva del tribunal fue: F. Elías de Tejada, como presidente, y F. González Vicén, M. Hurtado Bautista, J. Delgado Pinto y N. López Calera, como vocales. No era discípulo de ninguno de ellos, y según me decían los «enterados» –yo, evidentemente, no lo era– me había metido en la guarida del «gran elector» de la época, Elías de Tejada. Los contrincantes que obtuvieron las dos plazas, J. Brufau y R. Maciá, se debatían todavía en cuestiones tomistas sobre racionalismo o voluntarismo, mientras que mis aportaciones metodológicas no eran captadas más que por un profesor, con el que no había tenido contacto previo, pero del que había leído su, entonces, corta obra, y supe que era catedrático de antes de la guerra civil, y que había sido objeto de depuración: González Vicén. Según se me informó, el tema central en el intercambio de opiniones tras cada ejercicio era la de controlar mi «ortodoxia» respecto a mi interpretación del tomismo. Al final obtuve para la primera plaza sólo el voto de González Vicén, quien lo reiteró también en la segunda; además, en una votación de las llamadas «de fogueo», obtuve también el voto de Hurtado.

Aquello fue duro de encajar y hasta pasaron por mi cabeza tentaciones de llamar a la puerta del bufete familiar. Afortunadamente en 1970 se me concedió por la Fundación March una beca de estudios, con la que investigué las vicisitudes de la introducción y desaparición en las universidades españolas, de la filosofía práctica, o su suplantación progresiva por la «teología moral», elaborada en buena medida por la tan traída y llevada «escuela de Salamanca». Encontré además una amistad, que más adelante fue muy necesaria para alcanzar la meta: la del entonces gerente de la Fundación, el abogado del Estado Cruz Martínez Esteruelas.

Por poder mantenerme así en el ámbito académico, me vi moralmente obligado a realizar una segunda oposición, igualmente fallida, en cuyo planteamiento y desarrollo no llegaba la *longa manus*, pero sí los intereses corporativos de la Facultad de Madrid, en la que yo era un advenedizo, frente a los «veteranos». Creo recordar que el tribunal lo formaban mayoritariamente profesores de esa Facultad, entre ellos Legaz, bajo la presidencia del recientemente llegado a la Facultad, y sin embargo decano, el internacionalista L. García Arias, junto con el romanista local, Hernández Tejero. De «provincias», Corts y López Calera. Las oposiciones fueron convocadas en noviembre de 1969, para cubrir dos plazas de «agregado», de Madrid y San Sebastián. Para lo que acontecía entonces, muy pronto se desarrollaron los ejercicios, y avanzado febrero se cubrieron las plazas por dos discípulos de Legaz. Por mi parte, como «último de la fila», sólo obtuve un voto «de fogueo» del maestro. Era lo que me correspondía.

Llegados a este punto ya podemos abordar la oposición por la que me pregunta, que convocada en 1967, concluyó con el nombramiento de los candidatos votados en 1974, y que ha sido calificada de «legendaria» (A. Nieto, *La tribu universitaria*, 1984).

No voy a hacer sino esbozar los acontecimientos que expliquen, desde mi punto de vista, ese dilatado proceso, advirtiendo que sólo tengo a disposición las copias de algunos documentos que, como «interesado», se me suministraban en las instancias judiciales y administrativas, que lo jalonaron, en trámite de audiencia. Inicialmente, el 6 de junio de 1967 se convoca oposición sólo a la cátedra de Oviedo, y se nombra el 20 de noviembre el tribunal, que preside A. González Álvarez, catedrático de metafísica en Madrid, y secretario a partir de ese año del CSIC. El tribunal contaba como vocales titulares: González Vicén, Corts, López Calera y el padre Todolí, dominico que enseñaba «ética y sociología» (sic) también en Madrid. Conviene citar ya aquí, ante la complicada evolución de los integrantes del tribunal, a los vocales suplentes; por orden: Elías de Tejada, Ruiz-Giménez, Delgado Pinto, Asís Garrote. Por razones que no me son conocidas –recuérdese que en esos años me encontraba en Alemania–, el presidente no convocó o no pudo convocar, y el Ministerio, que se mantuvo en todo momento a la expectativa, creyó poder aprovechar la coyuntura, para resolver en parte un viejo y complicado problema: el provocado por el, tiempo atrás, administrativamente sancionado catedrático de Valladolid Dr. Galán Gutiérrez, y al que los tribunales acabaron dando «su razón», intimando al Ministerio a que se le repusiese en la cátedra, aunque ya no pudiera ser la de Valladolid, ya ocupada. El Ministerio creyó ver una solución, entre otras, en la cátedra de Zaragoza, vacante desde la jubilación de Sancho Izquierdo, pero Galán rechazó tal propuesta, y no quedó satisfecho hasta que se creó una cuarta cátedra en Madrid, en abril de 1967. En parte de todo este complicado asunto tuvo que intervenir Legaz, subsecretario del ministerio Lora Tamayo.

Ignoró por qué causas, pero el Ministerio Villar Palasí, el 8 de abril de 1969, agregó la cátedra de Zaragoza a la ya convocada de Oviedo, lo que obligó a abrir un nuevo plazo de presentación de opositores, y produjo dimisiones en cadena. Primero, la de los presidentes titular y suplente. El titular, González Álvarez, fue sustituido por el civilista José Beltrán de Heredia. También dimitieron tres vocales: Todolí, Asís Garrote, que había sido nombrado director general por el nuevo ministro, y Corts Grau. Esas dimisiones provocaron que pasaran a ser vocales titulares, los suplentes Elías de Tejada y Ruiz-Giménez, y que quedara ya sólo un vocal suplente: Delgado Pinto. Este rocambolesco proceso se dilató en el tiempo, ya que se produjo gota a gota, y presionando al ministro en el nombramiento del nuevo presidente, creyendo quienes así actuaban que favorecía la causa de los candidatos, patrocinados en principio por Elías de Tejada, quedando como «verso suelto», Ruiz-Giménez, cuyo candidato era Elías Díaz, y González Vicén, de quien creía que, dada la impresión causada por la actuación en mi primera oposición, defendería, aunque no exclusivamente, mi causa. En cuanto a Elías de Tejada, parece ser que consideraba como candidato principal a José Guillermo García-Valdecasas, hijo de civilista, colegial de Bolonia como el nuevo presidente, y que desde hacía no mucho tiempo se había trasladado a Sevilla, buscando un «padrino» eficaz, si bien no contaba con obra sólida. Entre la convocatoria hecha por el presidente el 18 de enero de 1971, para constituir el tribunal el 20 de febrero siguiente y para que, una vez constituido, se presentaran los opositores, mediaron los suficientes días para que se desencadenara un proceso, del que sólo puedo hacer suposiciones, apoyadas en los hechos posteriores: si García-Valdecasas obtenía plaza, lo sería por ser patrocinado por Elías de Tejada, no por la presión de los civilistas colegiales de Bolonia, quienes se limitarían a apoyar ese resultado. Esas celotípicas no eran cosa baladí para el «gran elector» que fue Elías de Tejada, y prueba de ello es que, en cuanto se le intentó preterir, hizo todo lo posible por bloquear la oposición y llegar incluso a la inoperancia del tribunal, por pérdida de quórum de éste.

Lo primero lo practicó ese 20 de febrero, al que el voluminoso expediente vuelve una y otra vez, por la postura contradictoria de Elías de Tejada, que si bien accedió a formar parte del tribunal y a contribuir con su propuesta a determinar el contenido de los ejercicios 5º y 6º, sin embargo envió ese mismo día al presidente escrito por el que presentaba la renuncia de su puesto de vocal justificándola en que «el cúmulo de trabajos científicos, docentes y públicos que tenía, le impedirían acudir al completo desarrollo de los ejercicios de la oposición». Ante esa situación –cuyos detalles no me eran conocidos entonces–, se pospuso la presentación de los opositores al 8 de marzo, a las doce, en el para mí traumático Instituto de Estudios Jurídicos. Pero a ese día y hora pudimos ver a Elías de Tejada, acompañado del notario Blas Piñar, para que levantase acta de en qué términos el presidente le exigía seguir formando parte del tribunal, así como de las amenazas con que le conminaba en caso contrario. Ante esa actitud, el presidente, además de informar al Ministerio, convocó, para que compareciese el día 10, a las 5 horas de la tarde, el único vocal suplente, Delgado Pinto, por si fuera necesaria su presencia. Ese día, Elías de Tejada hizo levantar acta notarial, este vez llevada a cabo por Juan B. Vallet de Goytisolo, de que no renunciaba a ser vocal, por lo que era nula su sustitución por Delgado Pinto. No obstante, y bajo esa incertidumbre, a las 18,15 de ese mismo día 10, tal como había fijado el sorteo, realicé el primer ejercicio, y el resto – Elías Díaz, López Medel, García Valdecasas, Fernández Escalante y Lamsdorf– lo hicieron los días

11 y 12. Ese mismo 12, Elías de Tejada interpuso recurso de alzada, y el ministro Villar Palasí, que siempre fue muy permisivo con él, lo admitió y comunicó al tribunal el efecto suspensivo el día 15. El tribunal, en esos tres días, aún pudo reunirse y aprobar por unanimidad el primer ejercicio a los cinco concursantes, así como proceder al segundo ejercicio, que sólo realicé yo. Beltrán de Heredia presentó un escrito de impugnación, al que se adhirieron los demás miembros del tribunal. Como es habitual, los escritos pasaron a la Asesoría jurídica del Ministerio y al Servicio de recursos, así como a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, a la Comisión permanente del Consejo Nacional de Educación, y, en su momento, en trámite de audiencia, sólo Escalante y Lamsdorf se adhirieron al recurso de alzada. Al fin, el Servicio de recursos propuso el 6 de septiembre de 1971 la anulación de las actuaciones del tribunal, retro trayéndolas al acto de constitución del pasado 20 de febrero. El Ministro hizo suya la propuesta y la notificó al tribunal e interesados el 9 de noviembre siguiente.

Todo resultó bloqueado, y alguno de los opositores quedó perplejo. Yo al menos. No me importaban las noticias que aparecían en la prensa de la querrela por injurias interpuesta por Beltrán de Heredia contra Elías de Tejada, por afirmaciones de éste, hechas en el recurso, contra aquél. La querrela consta en un recorte del periódico *Informaciones* de Madrid, de 1 de marzo de 1972, que conservo. Elías seguía firme en la lucha por impedir que el tribunal alcanzara quórum, y para ello no dudó en perseguir renuncias de miembros del tribunal. Las presiones que pudieran hacerse a González Vicén, López Calera y Delgado Pinto las supongo, pero no me constan, ya que no alcanzaron su objetivo. Sí que lo hicieron sobre Ruiz-Giménez, con quien almorzó Elías de Tejada en un restaurante de los alrededores del Estadio Bernabéu. Al parecer la renuncia llevaba como contrapartida la promesa de que en un futuro tribunal se lograría una composición favorable al candidato patrocinado por don Joaquín. El día 5 de febrero de 1972, éste hacia llegar al Ministro su renuncia invocando determinadas vicisitudes de la oposición, como las acciones penales ejercitadas entre algunos miembros del tribunal, por lo que concluía: «... no veo viable que puedan reanudarse los ejercicios y desarrollarse la oposición, al menos por lo que a mí se refiere, en las condiciones de sosiego y cordialidad que a mi juicio deben presidir actos académicos de esta naturaleza».

Pero la rivalidad entre Beltrán y Elías de Tejada seguía su curso, ahora por vía civil. En efecto, el opositor García Valdecasas interpuso recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que dictó sentencia el 21 de octubre de 1972. En su fallo, estimó las razones del opositor recurrente: Elías de Tejada no estaba legitimado para recurrir en alzada al Ministerio, por lo que éste admitió indebidamente el recurso. El ponente Pérez Frade argumentaba, además, que según la Ley de Procedimiento, un órgano colegiado queda válidamente constituido, aunque no se hubiesen cumplido los requisitos de la convocatoria, cuando se hallen reunidos todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad. En consecuencia se anulaba la decisión del Ministerio y se declaraban válidas todas las actuaciones realizadas por el tribunal de oposiciones.

Se podía continuar. No se hizo inmediatamente, y no se me alcanzan las razones. En este momento, entre los papeles manejados no cuento sino con algunos datos, pero básicos, de lo ocurrido con la oposición en el año 1973. Recuerdo que se reanudó en junio, con un tribunal constituido ahora por 4 miembros: Beltrán de Heredia, presidente, y los vocales González Vicén, López Calera y Delgado Pinto. Me parece, pero no lo puedo

confirmar, que ya no se presentaron los dos opositores que habían sostenido el recurso de Elías de Tejada. Se continuó con el 2º ejercicio, que yo ya había realizado en 1971. Los candidatos fueron superando los ejercicios y pasando al siguiente por unanimidad. Creo que nos plantamos en la víspera de San Pedro, el 27 de junio, para celebrar la votación. Sería media tarde. El hall y el pasillo del Instituto estaban repletos de gente expectante. Las horas pasaban, y las deliberaciones del tribunal no concluían. Con sorpresa pudimos ver que el presidente salía del Instituto y nos dejaba a todos boquiabiertos. Al parecer, alegó ante sus colegas que lo sentía mucho, pero que tenía que atender a su madre enferma, dejando la decisión en el aire. Nadie reaccionó, ni siquiera el Ministerio, ocupado desde principios de mes por un estrambótico ministro, Julio Rodríguez. Esa fuga del presidente del tribunal que, aunque no lo sabíamos entonces, no tendría retorno, se conoció en adelante como «La saga/fuga de J.B.», esto es, de José Beltrán, remedando el título de la novela de Gonzalo Torrente Ballester, publicada el año anterior.

¿Por qué esta extraña conducta de una persona, que era también magistrado del Supremo y letrado de las Cortes, obligada a cumplir sus funciones, y a la que las autoridades no exigían responsabilidades? Al parecer, las deliberaciones del tribunal revelaron al presidente que su candidato, García-Valdecasas, no contaba más que con su voto, decantándose los tres vocales, unánimemente, por Elías Díaz y por mí. El presidente siguió así dando largas, esperando no se sabe qué. El estado de opinión creado, por lo demás, le era crecientemente desfavorable. La «suspensión» del acto de votar fue objeto de una sibilina y ambigua chanza publicada en «Hermano Lobo», de 7 de julio de 1973, tal como reza el recorte que conservo. Por fin, a comienzos de diciembre Beltrán de Heredia presentó renuncia a seguir presidiendo el tribunal, en carta comunicada al Ministerio y a los vocales del tribunal y sin aducir causa alguna, si bien dejaba caer sospecha sobre irregularidades, que fue contestada por los tres vocales. Estos, cumpliendo el minucioso reglamento de oposiciones de 25 de junio de 1931, al mantenerse el quórum mínimo de tres miembros, procedieron a seguir actuando con González Vicén, como más antiguo, en calidad de presidente, y quedaron en proceder al acto público de la votación el día 12 de diciembre del año en curso, 1973. Ahora ya sin los obstáculos de junio, el tribunal votó por unanimidad, en primer lugar, a mí, que así pude elegir Zaragoza, mientras que a Elías Díaz, en segundo lugar, le correspondió Oviedo.

Pero, con ello, no cayó el telón. Recordaré que el expediente se dirigió al Ministerio, pero el 20 de diciembre se produjo el magnicidio del jefe de gobierno Carrero Blanco, y la España política y administrativa también se conmovió. Las especulaciones sobre el futuro que abría este atentado de ETA crecieron. Se creyó, con cierta lógica, que el régimen se endurecería, y se daban nombres para sustituir a los ministros en ejercicio, entre ellos el anodino Rodríguez, al que sucedería, según rumores, nada menos que Elías de Tejada. Quizá esas especulaciones llevaron ya al opositor López Medel a elevar recurso al Ministerio contra el acto de la votación, por supuestos defectos formales. Sin embargo, como sabemos, esa «lógica» no se cumplió, y se nombró jefe de gobierno a Arias Navarro, que como ministro del interior, había fracasado con el aparato de seguridad con que debería haber evitado el magnicidio. Y el ministro de Educación y Ciencia nombrado, Martínez Esteruelas, era satisfactorio para los que habíamos sido becarios de la Fundación March, cuando era gerente de la misma. La pesadilla de esas navidades y año nuevo, había pasado.

Pronto se pudo ver un giro en la política ministerial. A las pocas semanas, ya en febrero de 1974, el director general de universidades, Lucena Conde, nos recibió a Elías y a mí en su despacho, a petición suya y separadamente. Se me dijo que el Ministerio era consciente de lo que estaba ocurriendo desde años con esta oposición, y que estaba dispuesto a proceder a concluirla, pero que tuviera paciencia, ya que había que cerrar todos los frentes ante recursos ya llegados, y futuros, y eso llevaría tiempo. Así fue. Hubo que esperar hasta el 30 de julio, en que se publicaron las órdenes ministeriales por las que, una vez aprobado el expediente de la oposición, se procedía a los nombramientos de catedrático. Yo tomé posesión de la cátedra de Zaragoza un tórrido 1 de agosto.

Las triquiñuelas jurídicas siguieron, incluso contra estas órdenes ministeriales, por parte de López Medel, que no hay que olvidar era entonces «procurador» en las Cortes franquistas y, dentro de la Secretaría general del Movimiento, el encargado de la enseñanza universitaria. Por su parte, Elías de Tejada dirigía contra López Calera su desmesurado afán litigioso. He visto recientemente que mis contestaciones ante los recursos, que se califican de «temerarios», y otros papeles al respecto, llegan hasta 1977, y se refieren a un nuevo recurso contencioso-administrativo ante el Supremo: con el fin jurídico del régimen, iba consumiéndose su utilización por estos sujetos.

**Benjamín Rivaya:** *Parece, por cierto, que hay un cierto paralelismo con Elías Díaz, tanto en las vicisitudes académicas, en el acceso a la cátedra, como en las intelectuales, pues ambos dedicaron gran parte de su tiempo al estudio del pensamiento español y la ideología. De hecho, diría que ambos encarnan las dos corrientes historiográficas de la filosofía del derecho española.*

**Juan José Gil Cremades:** En cuanto a la historia del pensamiento español, por supuesto que E. Díaz, además de redactar sólida obra en este campo, apadrinó los trabajos de F. Laporta, V. Zapatero, E. Lamo, etc. sobre diversas figuras españolas. Pero también López Calera, que como recordé, estudió a Costa, se rodeó inicialmente de buenos estudiosos de esa temática, como A. Ollero, A. Jara, o M. Maresca. Quiero decir con esto que no veo «dos corrientes», sino una pléyade inicial, en cuya órbita hemos permanecido Elías Díaz y yo.

En cuanto al tema de la ideología, me influyeron en Alemania dos profesores de los que seguí sendos seminarios en la universidad de Múnich. Uno, el austriaco Ernst Topitsch, buen estudioso de esa faceta de la obra de Kelsen, la *Ideologiekritik*, que, desde el neopositivismo de la «escuela de Viena», declaraba las proposiciones relativas a los valores, como por ejemplo, «derecho natural», «fórmulas vacías», a las que en la historia se les dota de contenido desde posturas ideológicas diversas. Para el otro, Eric Voegelin, también austriaco y alumno de Kelsen, venido a Múnich, después de muchos años en USA, una «nueva ciencia de la política» permitía superar el «nihilismo», la «destrucción», etc. del moderno orden político, por lo que había que establecer una correcta relación entre inmanencia y transcendencia. Yo no conocía entonces que Kelsen había escrito contra esa «nueva ciencia». Después ese libro escrito en inglés se publicó póstumamente y ahora acaba de ser objeto de una correcta traducción española. Personalmente creo que para abordar el tema es precisa una teoría del conocimiento más flexible. Recuerdo, también, que en 1968, asistí en Colonia al congreso de la sección

alemana de la IVR, centrado en el tema: «Ideología y derecho», y en el que intervinieron W. Maihofer, Th. Viehweg, F. Wieacker, Ilmar Tammelo, y otros. El tema es pues de esos años y despertó la curiosidad de nuestra generación.

**Benjamín Rivaya:** *Al hilo de la referencia a Elías Díaz, le preguntaría por la transición y su vinculación con la filosofía del derecho. Proliferó entonces lo que podríamos denominar marxismo jurídico, con varias tendencias. ¿Qué opinión le merece esta corriente?*

**Juan José Gil Cremades:** En 1980 publiqué un trabajo sobre las ideologías en la Constitución de 1978. Pude constatar que desde años atrás en la filosofía jurídica española ya se hablaba de «estado social y democrático de derecho», y de «derechos humanos», además desde distintas perspectivas.

Respecto del marxismo, me parece que sólo hubo una reflexión de altura, referida al derecho, en el entorno de M. Sacristán, y que desde los años sesenta Juan Ramón Capella hacía un profundo análisis crítico del derecho liberal, desde un marxismo que podía dialogar con el análisis del lenguaje elaborado por autores anglosajones, sin desconocer la insuficiencia del formalismo jurídico. Pero J. R. Capella era, además, buen conocedor de la cultura jurídica italiana, y veía las virtualidades de los planteamientos de A. Gramsci, quien por cierto había sido traducido desordenada y parcialmente. De ahí partió más tarde el interés de otros por el «uso alternativo del derecho», que quizá se expuso sin el rigor preciso.

Por lo que a mí respecta, conocedor de los planteamientos de la «escuela de Frankfurt», sobre todo de J. Habermas, hice mío y esboqué, estudiando el influjo hegeliano en Marx, el fin «emancipador» que debe tener a la vista, como horizonte, toda praxis social.

**Benjamín Rivaya:** *Algo a lo que siempre ha dado importancia han sido las traducciones, y al traducir a Engels hizo, en un estudio preliminar, una reseña histórica sobre la traducción española de obras de filosofía jurídica. ¿Se ha vertido a nuestra lengua lo fundamental de la bibliografía filosófica jurídica en otros idiomas o constata lagunas importantes?*

**Juan José Gil Cremades:** Voy a partir de mi experiencia docente. Cuando empecé a dar cursos regulares y completos, en el curso 1974-75, me gustaba partir de un programa impreso, en el que siempre incluía remisiones bibliográficas que estuvieran al alcance de los alumnos. Era difícil elaborar tal elenco. Hay que tener en cuenta que cuando me incorporé a la cátedra, desde 1960 en que se jubiló mi antecesor, D. Miguel Sancho Izquierdo, apenas se había hecho nada por formar propiamente una biblioteca de la materia. Ese vacío de 14 años se pudo parcialmente llenar consiguiendo alguna subvención de la universidad, pero sobre todo la ayuda de la Humboldt-Stiftung, que hizo llegar un buen número de «reprints» de literatura jurídica fundamental, procedentes los más de los catálogos de Scientia Verlag, Olms, etc. Faltaban traducciones, y me vi obligado a elaborar un instrumento de trabajo docente, tan usual entre los anglosajones, el «reading», que no pasó de la fotocopistería a la imprenta. Conforme fueron pasando los años, han aparecido cada vez más traducciones, que yo iba incorporando al programa, para información de los alumnos.

En este punto, mencionaría la labor de J. L. Monereo llevada a cabo en Comares. Diría que ahora contamos con menos traducción del alemán, si bien Trotta ha cuidado de ella, así como de la italiana, y no creo que tengamos graves lagunas. Pero lo que ha aumentado es la traducción de obras anglosajonas, como Hart, Rawls, Dworkin, y toda la polémica actual sobre el positivismo. En este punto, es de agradecer el empeño de J. J. Moreso por cuidar las traducciones y monografías que van apareciendo en Marcial Pons.

**Benjamín Rivaya:** *En cuanto a la historiografía que ha practicado, me resulta especialmente interesante su método, que parte de lo particular; muchas veces de una biografía, para elevarse a la historia general en la que se encuentra la explicación de muchos enigmas.*

**Juan José Gil Cremades:** Como lector, me agrada la historia narrativa que escriben los anglosajones. Incluso la que se hace desde un renovado marxismo no es cargante. Pero realmente, creo, no practico la «microhistoria», a la italiana, sino que parto, aunque no siempre, de un detalle vivo, para desde allí trazar el marco general del contexto aclaratorio. Sin ir más lejos, eso es lo que he hecho en la contribución al Libro homenaje al Profesor Ollero, recientemente aparecido, en la que, con ocasión de unas oposiciones a cátedra, señalo las tensiones de política cultural y de ideologías existentes en la Cataluña y la España de 1915. Un frustrado, pero apreciado, discípulo, A. Serrano, utilizó un esquema similar al abordar la figura de J. Castán Tobeñas.

**Benjamín Rivaya:** *Dentro de la historia del pensamiento español, le ha concedido importancia al «exilio jurídico», que se produjo tras la guerra civil. La selección de los autores exiliados que ha biografiado, Alfredo Mendizábal y Francisco Ayala, ¿indica admiración o afinidad filosófica o política con ellos?*

**Juan José Gil Cremades:** En realidad, el primer filósofo del derecho exiliado que conocí, y con emoción, fue Recaséns Siches que, cuando más intensa fue la dedicación de Legaz a la Facultad de Madrid –primera mitad de los sesenta–, aparecía por sus seminarios y participaba en ellos, en sus viajes, no regulares, pero tampoco infrecuentes, a España, y recuerdo haber conversado con él, al acompañarlo hasta el modesto hotel de Marqués de Urquijo en el que solía hospedarse. Más buscada fue la relación con Mendizábal, que tuvo como pretexto el acto de mi primera lección pronunciada en Zaragoza en diciembre de 1974. Ese acto era costumbre en la Facultad, cuando la recluta del profesorado no era tan «autonómica», ni tan «endogámica» como hoy, y servía para percatarse de los puntos que calzaba el catedrático recién incorporado. Se me ocurrió algo desorbitado: hacer un acto en el que intervinieran los miembros aún vivos de la que veníamos llamando «escuela de Zaragoza» de derecho natural, surgida del magisterio de Luis Mendizábal: Sancho Izquierdo, Luño Peña, Alfredo Mendizábal, hijo de don Luis, y Legaz. Sancho y Legaz aceptaron y fueron al final quienes intervinieron, muy atinadamente. Luño rehusó sin más, bien alejado como estaba de mi planteamiento, desde el sillón del enorme despacho de la barcelonesa Vía Layetana. Alfredo Mendizábal, del que busqué con algo de dificultad su domicilio en la francesa «costa azul», respondió, con una larga carta mecanografiada con pulcritud, diciendo estar encantado de que un joven profesor se preocupase por él en tal ocasión, cuando

ya se creía olvidado por la academia. Pero su exilio había sido por convicción y aún faltaba más de un año para que Franco muriera. Luego he cruzado un par de cartas más, y un envío de sus publicaciones del exilio, difíciles de encontrar. No me enteré, sino cuando su salud había mermado sus capacidades, de que unos años después volvió a casa de su hermano, en Almería, intuyendo quizá que pronto iba a morir. En cuanto a Francisco Ayala, me fue presentado por José Carlos Mainer, quien me invitó a dar una lección sobre él en un curso del verano de 2005 en Santander, en la Menéndez Pelayo. De su obra de filósofo político era conocedor, como dije, desde mis años de estudios. Y su obra literaria me ha deparado horas de fruición, también moral, como es propio de un escritor tan cervantino.

En cuanto a los tres exiliados, tan azarosamente elegidos, veo en ellos un ámbito común, que he seguido admirando personalmente: el de la Europa del periodo de entreguerras, en el que ellos se formaron y escribieron, y que acabó tan dramáticamente destruida.

En Mendizábal y en Ayala veo además una misma lección política: su elección por la II República. Recaséns y Mendizábal apoyaron la República desde el catolicismo, en un país donde los católicos mayoritariamente desconfiaron de ella. Mendizábal, además, desde la propuesta de Maritain sobre la actitud positiva del catolicismo ante el mundo moderno. Ayala la aceptó desde un liberalismo consciente de la caducidad de alguna de sus premisas en el contexto de la sociedad de masas. Pero para los tres, la República no fue tanto una emoción, como una reflexión crítica. Así se explica que los esfuerzos de Mendizábal se dirigieran a intentar la concordia, a establecer puentes sobre la convivencia rota, y eso sólo era posible hacerlo desde fuera y recabando la ayuda internacional. Ayala, fiel al régimen político, podía sin embargo discrepar de su jefe de filas, Azaña, por asumir la presidencia de la República, dejando la presidencia del gobierno, o percatarse de lo absurdas que podían ser las órdenes gesticulantes de un Wenceslao Roces.

**Benjamín Rivaya:** *Ahora que hago referencia a Mendizábal, ¿no hay en el fondo de su pensamiento un poso iusnaturalista? Por cierto, que al derecho natural, además de las vicisitudes políticas, le ha perjudicado el rótulo. ¿No observa hoy una renovación de tal derecho en las tesis iushumanistas, principalistas y neoconstitucionalistas?*

**Juan José Gil Cremades:** Sin más disquisiciones, contestaría afirmativamente a ambos interrogantes. Además, diría, que el derecho natural clásico pocas veces ha tenido mejor formulador, que John Finnis en nuestros días, extendiendo además su radio de acción a la ética, la política y el derecho.

**Benjamín Rivaya:** *Evidentemente, no sólo ha sido historiador de la filosofía jurídica española, sino también partícipe. De hecho dirigió entre 1984 y 1995 el «Anuario de Filosofía del Derecho». ¿Qué recuerdos guarda de la dirección? Por cierto, alguien debería escribir una historia de la revista.*

**Juan José Gil Cremades:** La revista, que comenzó con Gómez Arboleya, y siguió con Legaz, al incorporarse a la Complutense, languideció cuando éste tuvo que dedicar su tiempo a los cargos públicos que asumió, y lo mismo ocurrió con la marcha

de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, imposible de considerarse un hogar común desde el momento en que el «gran elector» Elías de Tejada agriaba la convivencia y favorecía el maniqueísmo. La aparición de la revista quedó de hecho interrumpida, aunque siguiera habiendo un lugar para ella en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, un organismo híbrido, en cuanto que dependía, al alimón, del Ministerio de Justicia y del de Educación, en cuanto sección del CSIC. Durante los gobiernos de UCD, empeñados en tantos asuntos, no se pudo atender éste, y hubo que esperar al primer gobierno socialista, para que desde Justicia, siendo subsecretario Liborio Hierro, se hicieran las gestiones para volver a poner en pie la revista. Como, al mismo tiempo, se trataba de revivir la Sociedad de Filosofía Jurídica, inició ésta una nueva etapa, en la que fue presidente Delgado Pinto, y ocupamos las vicepresidencias López Calera y yo, a quien se asignó la tarea, que yo ya había iniciado antes, de sacar adelante el «Anuario». La «nueva época» arrancó en 1984 y mi dirección alcanzó hasta 1995. Personalmente tengo la satisfacción de que, con la confianza ganada en estos años, logré que González Vicén se pusiera a escribir, y publicara asiduamente en la revista, y lo hiciera con tal ímpetu, que pudo hacerlo también en «Sistema», gozando de la hospitalidad de Elías Díaz.

También he formado parte en diversos momentos del consejo de redacción del «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», de «Doxa» y de «Persona y derecho».

En cuanto a la historia de la revista, quien la haga con honestidad debiera desprenderse de lo «políticamente correcto», es decir, de las secuelas de la presión ideológica y el poder académico ejercido por Peces-Barba, que como vio bien un autor nada sospechoso como Eusebio Fernández, su discípulo, ejerció de segundo «gran elector» en nuestro ámbito, dentro ya del régimen democrático (remito a: «La política desde una asignatura: el derecho natural», en *La enseñanza del derecho en el siglo XX*, Dykinson, 2004, 181-214).

La *longa manus* del segundo «gran elector» puso fin al mucho tiempo e ilusiones que vertí en la revista, y arruinó también lo levantado en el área de la asignatura en mi Facultad. Desde entonces, volterianamente, me he dedicado a «cultivar mi jardín» de Cantabria —«El Victorial»—, en el que hace ya tiempo planté dos liquidambar, árboles que me recuerdan el campus de Berkeley, donde estuve el año sabático 1995-1996, y que ahora, en este otoño, cuando envejecen, tienen un precioso rojo encendido.

**Benjamín Rivaya:** *La otra gran tendencia en su obra es la metodológica, quiero decir que se ha interesado por las cuestiones de metodología jurídica. Hasta donde yo sé, fue uno de los primeros en referirse e incorporar las teorías de la argumentación, hoy tan en boga.*

**Juan José Gil Cremades:** Para conocer esta otra línea de investigación, me permito remitirle al volumen primero, de los dos de que consta, en la edición, que Comares está a punto de sacar a las librerías, de mi obra dispersa. Una síntesis de mis orientaciones en este tema ha sido impecablemente hecha por Juan Ramón Capella, en su contribución a mi Libro-Homenaje, publicado en 2008. A él le remito, con toda confianza.

1 de noviembre de 2015



## AUTORES DE LOS TRABAJOS

Rosa ALDONZA RUBIO

*vapichula@hotmail.com*

Marco FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ

*fernandezgutierrez.marco@gmail.com*

Marta FRIERA ÁLVAREZ

*frieramarta@uniovi.es*

Juan Antonio GARCÍA AMADO

*jagara@unileon.es*

Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ

*juanmgoig@der.uned.es*

BORJA MANUEL HERÍAS FERNÁNDEZ

*tigrejuan60@gmail.com*

Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ

*ignacio@tribunalconstitucional.es*

María Acracia NÚÑEZ MARTÍNEZ

*mnunezm@der.uned.es*

Benjamín RIVAYA

*rivaya@uniovi.es*

Juan Victorio SERRANO PATIÑO

*jvs29@hotmail.com*





















