

2

Diálogos Jurídicos 2017. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo es una revista doctrinal de Derecho en la que tienen cabida todas las disciplinas jurídicas a través, por una parte, de los artículos/estudios tradicionales. Pero, por otra parte y porque el Derecho es diálogo, discusión, debate, el producto de la comunidad de los juristas, del razonar intersubjetivo y no de simples monólogos, *Diálogos Jurídicos* aspira a que, precisamente, el diálogo, el encuentro, la discusión y el debate sean sus señas distintivas. Por eso, y para presentar y discutir sus propuestas, traemos a sus páginas a los más prestigiosos juristas.

DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017
ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

2

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Director: José María Roca Martínez
Subdirectora-Coordinadora: Leonor Suárez Llanos



THOMSON REUTERS

C.M. 70555



Universidad de
Oviedo

THOMSON REUTERS
ARANZADI

THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES



Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos desde iPad, Android, Mac, Windows y desde el navegador de internet



THOMSON REUTERS

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONE Y DESTAQUE TEXTOS
Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR
Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA
Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido



THOMSON REUTERS



INSTRUCCIONES PARA ACCEDER A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA DE ESTA REVISTA

- La compra de esta revista en **papel le da derecho a acceder a su versión electrónica** gracias a la aplicación de eBooks ProView de última generación desarrollada por Thomson Reuters.
- Al comprar la revista, tanto en modalidad suscripción como un número individual, **le habrán solicitado su Correo Electrónico**. Si no es así, por favor, póngase en contacto con su Agente Comercial o con su Librería de referencia para gestionar el alta en la versión electrónica de la revista.
- A continuación, **Thomson Reuters le enviará un Correo Electrónico con el Asunto “ProView - Confirmación de acceso”** donde se le detallarán los **pasos a seguir** para registrarse en ProView (si es la primera vez que usa la aplicación). En este proceso de registro, usted deberá de crear su propio Nombre de Usuario y Contraseña. Finalmente, en dicho Correo Electrónico, se le detallará desde dónde podrá acceder y/o descargarse la aplicación para consultar su revista en formato electrónico.
- En cualquier caso, en la siguiente página encontrará las **instrucciones** para acceder y/o descargarse ProView.
- Recuerde que la aplicación ProView podrá usarla tanto desde su **ordenador como desde una tableta**.
- Para más información sobre ProView, por favor, acceda a la siguiente página web:

<http://www.tienda.aranzadi.es/Aranzadi/Proview/principal.aspx>







DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Anuario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Oviedo







LEONOR SUÁREZ LLANOS
Subdirectora y coordinadora

DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Anuario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Oviedo

THOMSON REUTERS

ARANZADI





Primera edición, 2017



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

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; 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

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Leonor Suárez Llanos (Dir.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
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, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona





CONSEJO DE REDACCIÓN

- | | |
|--|--|
| JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
<i>Universidad de Oviedo</i>
Director | RAFAEL ARENAS GARCÍA
<i>Universidad Autónoma de Barcelona</i>
<i>Derecho Internacional Privado</i> |
| LEONOR SUÁREZ LLANOS
<i>Universidad de Oviedo</i>
<i>Subdirectora-Coordinadora</i> | JAUME FERRER LLORET
<i>Universidad de Alicante</i>
<i>Derecho Internacional Público</i> |
| MARCOS LOREDO COLUNGA
<i>Universidad de Oviedo</i>
<i>Secretario</i> | ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO
<i>Universidad Autónoma de Madrid</i>
<i>Derecho Mercantil</i> |
| RAÚL BOCANEGRA SIERRA
<i>Universidad Complutense de Madrid</i>
<i>Derecho Administrativo</i> | ÁNGEL SANZ MORÁN
<i>Universidad de Valladolid</i>
<i>Derecho Penal</i> |
| SILVIA DÍAZ ALABART
<i>Universidad Complutense de Madrid</i>
<i>Derecho Civil</i> | FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
<i>Universidad Pompeu Fabra</i>
<i>Derecho Procesal</i> |
| EDUARDO SERRANO GÓMEZ
<i>Universidad Complutense de Madrid</i>
<i>Derecho Civil</i> | ALFONSO MURILLO VILLAR
<i>Universidad de Burgos</i>
<i>Derecho Romano</i> |
| RICARDO CHUECA GONZÁLEZ
<i>Universidad de la Rioja</i>
<i>Derecho Constitucional</i> | JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
<i>Universidad de León</i>
<i>Filosofía del Derecho</i> |
| JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
<i>Universidad Complutense de Madrid</i>
<i>Derecho del Trabajo y Seguridad Social</i> | LOURDES SANTOS PÉREZ
<i>Universidad de Salamanca</i>
<i>Filosofía del Derecho</i> |
| MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO
<i>Universidad de Alcalá de Henares</i>
<i>Derecho Eclesiástico</i> | MARGARITA SERNA VALLEJO
<i>Universidad de Cantabria</i>
<i>Historia del Derecho</i> |
| JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ
<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>Derecho Financiero y Tributario</i> | |

Miembros honoríficos:

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO







ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN	15

ARTÍCULOS

VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO	19
<i>Amalia Amaya</i>	
LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN EL DERECHO COMÚN	37
<i>Carmen Florit Fernández</i>	
DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES	61
<i>Juana María González Moreno</i>	
DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO ...	83
<i>Jesús R. Mercader Uguina</i>	
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA	107
<i>Miguel Rodríguez Blanco</i>	
NOVEDADES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL PROBLEMA DE LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS	133
<i>Ángel José Sanz Morán</i>	
LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)	151
<i>Marta Frieria Álvarez</i>	



TRABAJOS FIN DE GRADO Y TRABAJOS FIN DE MÁSTER

EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO DE LOS OBLIGADOS TRIBUTARIOS	177
<i>Marta Alvarado Herrero</i>	
LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONA- RIOS DEL ESTADO	195
<i>Pablo Alvargonzález Fernández</i>	
DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA	217
<i>Patricia García Majado</i>	
EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO. ESPECIAL REFERENCIA A LA DEFENSA PREVENTIVA	245
<i>Beatriz González Minguela</i>	
LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN	267
<i>María Rodríguez López</i>	

DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS

DIÁLOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO	295
<i>Alejandro Huergo Lora y Javier García Luengo</i>	
DIÁLOGO ENTRE ANTONIO MARTÍN VALVERDE Y JOAQUÍN GARCÍA MURCIA	307
<i>Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia</i>	
ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)	315
<i>Benjamín Rivaya y Elías Díaz García</i>	



ÍNDICE GENERAL

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A LA OBRA «LA ADMINISTRACIÓN AL SERVICIO DE LA JUSTICIA SOCIAL» DE LA PROFESORA EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN (IUSTEL, 2016, 217 PÁGS.) 337
Alejandra Boto Álvarez





PRESENTACIÓN

La segunda entrega de *Diálogos Jurídicos*, revista anual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, aparece con fuerzas renovada y cargada de toda la energía que le transmite publicar un elenco de valiosos trabajos académicos de investigación interdisciplinar sobre el Derecho.

La primera sección se integra con siete artículos de gran interés. El primero, de Amalia Amaya, se relaciona con temas iusfilosóficos centrales como son las virtudes judiciales y el razonamiento probatorio. Le sigue el interesante trabajo civilista de Carmen Florit sobre la pensión de alimentos tras la ruptura en uniones estables. Y luego Juana María González-Moreno aborda con una concepción interdisciplinar y valiente un tema tan atractivo como el derecho a la vida privada y las decisiones no reproductivas de las mujeres, impulsando al respecto el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El cuarto trabajo, de Jesús Mercader, nos conduce al Derecho del trabajo con un tema tan actual como novedoso e innovador, la disrupción robótica en el marco laboral y económico y la nueva concepción y posición del trabajador, de la empresa y de las formas de trabajo. Miguel Ángel Rodríguez Blanco, desde su cátedra de Derecho eclesiástico, aborda con talante crítico, doctrinalmente innovador y valiente, uno de esos asuntos clásicos interdisciplinarmente muy presente y problemático en las distintas disciplinas jurídicas, como es la objeción de conciencia. Y lo hace a la vista de la jurisprudencia constitucional española y, en especial, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio, para poner de manifiesto las incoherencias de nuestro Tribunal Constitucional y la necesidad de reorientar el tratamiento de la objeción de conciencia hacia una doctrina consistente que permita tutelar adecuadamente los comportamientos basados en las creencias o convicciones de la persona. Después, Ángel Sanz, desde el Derecho penal, nos ofrece una interesante y muy útil recapitulación de las novedades más significativas introducidas por la L.O. 1/2015 en relación al problema de la unidad y pluralidad de delitos y su tratamiento penológico, considerando también las más recientes tendencias jurisprudenciales y mostrando tanto las carencias que siguen lastrando la regulación de esta materia, cuanto la necesidad de una profunda revisión. Finalmente, cierra este primer apartado de artículos nuestra querida compañera de Historia del Derecho, Marta Frieria, con la última parte de su estudio de los Anales de la Universidad de Oviedo, referido en este número a su Segunda Época.

La segunda sección de la revista recoge los artículos que sintetizan los Trabajos de Fin de Grado y de Fin de Máster leídos en la Universidad de Oviedo sobre temas jurídicos y que han sido valorados por sus Tribunales y por el Consejo de Redacción como excelentes. Y en ella se publican las versiones de los trabajos de fin de estudios de Marta Alvarado Herrero, «El domicilio fiscal en relación con la entrada en el domicilio de los





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

obligados tributarios»; de Pablo Alvargonzález Fernández, «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado»; de Patricia García Majado, «Del uso al abuso: el decreto-ley en la España democrática»; de Beatriz González Minguela, «El uso de la fuerza en legítima defensa y la guerra contra el terrorismo. Especial referencia a la defensa preventiva»; y de María Rodríguez López, «Los problemas emergentes en el derecho de filiación».

La tercera sección, dedicada a diálogos y entrevistas, se nutre con tres trabajos que no tienen desperdicio ni por sus interlocutores, ni por sus contenidos. En primer lugar, un diálogo entre Alejandro Huergo Lora y Javier García Luengo sobre las Leyes 39 y 40/2015. Y dos entrevistas, la primera de Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, actualmente en la Universidad Complutense de Madrid, pero de cuya presencia tantos años pudimos disfrutar en Oviedo, a Antonio Martín Valverde, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Magistrado jubilado del Tribunal Supremo, aunque pocas presentaciones precisan. La segunda, de Benjamín Rivaya, impulsor de esta Revista, profesor de Filosofía del Derecho y ex decano de la Facultad de Derecho de Oviedo, a Elías Díaz, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, hoy emérito, licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, profesor, entre otras, en la Facultad de Derecho de Oviedo, que trabajó con Ruiz-Giménez, López Aranguren, Bobbio, Treves, etc.

Por último, esta edición se cierra con una reseña a la obra «La Administración al servicio de la justicia social», de Eva M.^a Menéndez Sebastián, realizada por Alejandra Boto, profesora de Derecho administrativo de la Universidad de Oviedo.

Esperamos que disfrutéis de estos contenidos.

LEONOR SUÁREZ LLANOS
MARCOS LOREDO COLUNGA





Diálogos jurídicos

ARTÍCULOS







VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

AMALIA ÁMAYA

UNAM

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. VIRTUD Y RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LOS CASOS DIFÍCILES.
- III. VIRTUDES, DILEMAS MORALES Y PRUEBA.
- IV. ESBOZO DE UNA TEORÍA DE LAS VIRTUDES PARA JUECES Y JURADOS.
- V. VIRTUDES, TEORÍA DE LA PRUEBA Y ÉTICA JURÍDICA.

I. INTRODUCCIÓN

La noción de virtud ha jugado un papel importante en la epistemología contemporánea en los últimos años.⁽¹⁾ Desde una perspectiva basada en virtudes, se han desarrollado diversas aproximaciones a problemas tradicionales en epistemología tales como la definición de justificación y de conocimiento. También se han utilizado las herramientas de la teoría de la virtud para atacar otros problemas que no se han considerado centrales en epistemología tradicional como, por ejemplo, la estructura de la deliberación, la sabiduría, el entendimiento o las dimensiones sociales y políticas del conocimiento, enriqueciéndose así significativamente los temas objeto

(1) Para una introducción a la epistemología de la virtud, véase GRECO, John, «Virtues in Epistemology», en MOSER, Paul, *The Oxford Handbook of Epistemology*, New York, Oxford University Press, 2002; BATTALY, Heather, «Virtue Epistemology», *Philosophy Compass*, vol. 3, núm. 4, 2008; KVANVIG, Jonathan, «Virtue Epistemology», en PRITCHARD, Duncan y BERNECKER, Sven, *The Routledge Companion to Epistemology*, New York, Routledge, 2010. Algunas colecciones de artículos sobre epistemología de la virtud son las siguientes: AXTELL, Guy, (ed.), *Knowledge, Belief, and Character*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000; FAIRWEATHER, Abrol y ZAGZEBSKI, Linda, (eds.), *Virtue Epistemology: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2001; STEUP, Matthias (ed.), *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility, and Virtue*, New York, Oxford University Press, 2001; BRADY, Michael y PRITCHARD, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003; DEPAUL, Michael y ZAGZEBSKI, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology*, Oxford, Clarendon Press, 2003. Algunos textos centrales de la epistemología de la virtud contemporánea se encuentran compilados en FERNÁNDEZ, Miguel Ángel y VALDÉS, Margarita (eds.), *Normas, virtudes y valores epistémicos*, IIF-UNAM, México, 2011, pp. 179-325.



de estudio de la disciplina.⁽²⁾ La tesis fundamental de la epistemología de la virtud es que los agentes epistémicos y las comunidades, en vez de las creencias, son el objeto central de evaluación epistémica. Esta tesis implica un cambio importante en la dirección del análisis epistémico: la epistemología de la virtud explica las propiedades normativas de las creencias en términos de las virtudes intelectuales de los agentes, en lugar de hacerlo al revés, como es habitual en las teorías de la justificación y el conocimiento de corte no aretaico.

El análisis aretaico de la normatividad epistémica no es un fenómeno aislado sino que aproximaciones aretaicas se han desarrollado recientemente en distintas disciplinas, en ética, desde luego (donde el giro aretaico es previo al de epistemología), pero también en política y en derecho.⁽³⁾ Distintas ramas substantivas del derecho se han examinado desde una perspectiva aretaica, entre otras, derecho penal, derecho del trabajo, justicia militar, derecho del medio ambiente, bioética, contratos, propiedad intelectual y derecho constitucional.⁽⁴⁾ En filosofía del derecho, la repercusión en algunas áreas ha sido también notable, como en cuestiones de argumentación jurídica o de ética jurídica.⁽⁵⁾ Sin embargo, el impacto de la epistemología de la virtud en la epistemología de la prueba jurídica ha sido relativamente marginal.⁽⁶⁾ Esto es desafortunado ya que hay buenas razones por las cuales la epistemología de la virtud puede ser un marco prometedor para abordar cuestiones relativas a la prueba jurídica.

(2) Véase, para esta distinción, BAEHR, Jason, *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 10-11.

(3) Para una introducción a las aplicaciones de la teoría de la virtud a la teoría política, véase, LEBAR, Mark, «Virtue and Politics», RUSSELL, Daniel C., *The Cambridge Companion to Virtue Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. AMAYA, Amalia y HO, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2012 y FARRELLY, Colin y SOLUM, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008 son colecciones de ensayos que discuten diversas aplicaciones de la teoría de la virtud a la teoría del derecho.

(4) Una bibliografía detallada sobre las diversas aplicaciones de la teoría de la virtud a distintas ramas del derecho substantivo se puede encontrar en AMAYA, AMALIA, «Virtudes y Filosofía del Derecho», en FABRA, Jorge y SPECTOR, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol.3, México, IJ-UNAM, 2015, pp. 16-17.

(5) Para aproximaciones aretaicas a la argumentación jurídica, véase SOLUM, Lawrence, «Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging», en BRADY, Michael y PRITCHARD, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003; AMAYA, Amalia, «The Role of Virtue in Legal Justification» en AMAYA y HO, *op. cit.*, AMAYA, Amalia, «Virtud y razón en el Derecho», GONZÁLEZ DE LA VEGA y LARIGUET, (eds.), *Problemas de Filosofía del Derecho*, Bogotá, Temis, 2013 y MICHELON, Claudio, «Practical Reason in Legal Decision-Making», en AMAYA y HO, *op. cit.* La literatura sobre ética de la virtud y ética jurídica es extensa. Una introducción a la misma con referencias se puede encontrar en AMAYA, *op. cit.* 2015, sección IV.

(6) Acerca del papel de la virtud en la argumentación acerca de los hechos en el Derecho, véase AMAYA, Amalia, «Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding» *Episteme: Journal of Social Epistemology*, vol. 5, núm. 3, 2008; AMAYA, Amalia, *The Tapestry of Reason*, Hart Publishing, Oxford, 2015, HO, Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press, 2008; HO, Hock Lai, «Virtuous Deliberation on the Criminal Verdict» en AMAYA and HO, *op. cit.*, HADDAD, Pedro, «La virtud de la humildad y sus aportes a la actividad probatoria», *Quaestio Juris*, vol. 8, 2015 y HADDAD, Pedro, «Epistemic Virtue and Acceptance in Legal Fact-Finding», *Teoría Jurídica Contemporánea*, en prensa, 2016.



VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

En primer lugar, una aproximación aretaica a los problemas probatorios no reduce la buena práctica jurídica al seguimiento de reglas.⁽⁷⁾ Al igual que no hay ningún conjunto de reglas que sea suficiente para determinar la acción que es moralmente correcta en una determinada situación de elección, tampoco parece posible determinar mediante un conjunto de reglas qué creencias son epistémicamente valiosas. En segundo lugar, la epistemología de la virtud nos permite dar cuenta de valores epistémicos tales como la sabiduría, el entendimiento o la intuición que son, sin duda, centrales en el contexto del razonamiento acerca de los hechos en el Derecho.⁽⁸⁾ En tercer lugar, las emociones ocupan un lugar natural en una epistemología de la virtud dado que la virtud es, desde Aristóteles, no sólo una disposición a actuar de manera apropiada sino también a tener una respuesta emocional adecuada.⁽⁹⁾ Por ello, una aproximación a la prueba jurídica basada en virtudes está bien equipada para integrar adecuadamente los aspectos cognitivos y emocionales de los argumentos probatorios. En cuarto lugar, una aproximación a la epistemología jurídica de corte aretaico pone al frente un ideal según el cual los jueces y otros actores epistémicos que operan en el contexto del derecho no sólo tienen el objetivo de evitar conductas prohibidas sino que aspiran a actuar de una manera epistémicamente valiosa.⁽¹⁰⁾ Por último, los conceptos aretaicos son «gruesos», en la terminología, bien conocida, de Bernard Williams, que no sólo permiten expresar una evaluación epistémica positiva o negativa (por ejemplo, justificado, injustificado, racional o irracional) sino que también ofrecen información acerca de la manera en la que el agente epistémico actuó de manera adecuada o inadecuada.⁽¹¹⁾ Estas razones, en mi opinión, hacen de la epistemología basada en virtudes un marco teórico atractivo para abordar los problemas relativos al razonamiento probatorio en el Derecho.

Ahora bien, ¿qué tipo de epistemología de la virtud es un buen punto de partida para desarrollar una aproximación a la epistemología jurídica basada en virtudes? Se pueden diferenciar dos grandes corrientes dentro de la epistemología de la virtud: la epistemología de la virtud responsabilista y la confiabilista.⁽¹²⁾ Según la epistemología de la virtud confiabilista, las virtudes intelectuales son facultades cognitivas confiables, tales como la percepción, la intuición y la memoria.⁽¹³⁾

(7) Véase J. GRECO, «Virtues and Rules in Epistemology», en A. FAIRWEATHER y L. ZAGZEBSKI (eds.), *Virtue Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2001 y ZAGZEBSKI, *op. cit.*, p. 21.

(8) ZAGZEBSKI, *op. cit.*, pp. 22-23.

(9) Acerca de las relaciones entre emoción y virtud en Aristóteles, véase R. HURSTHOUSE *On Virtue Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1999, capítulo 5; SHERMAN, Nancy, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue*, Clarendon Press, Oxford, 1989, capítulo 2 y STARK, Susan, «Virtue and Emotion», *Noûs*, vol. 35, 440-455, 2001.

(10) ZAGZEBSKI, *op. cit.*, p. 28 y 253 y AUDI, Robert, «Epistemic Virtue and Justified Belief», en FAIRWEATHER y ZAGZEBSKI, *op. cit.*, p. 95.

(11) WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 128-130, 140-142, and 150-152.

(12) Para esta distinción, véase AXTELL, Guy, «Recent Work on Virtue Epistemology», *American Philosophical Quarterly*, Chicago, vol. 34, núm. 1, 1997; y BATTALY, Heather, *op. cit.*

(13) SOSA, Ernest, *Knowledge in Perspective*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 y *A Virtue Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2007.



Conforme a la epistemología de la virtud responsabilista, las virtudes intelectuales son rasgos de la personalidad o cualidades de carácter análogas a las virtudes morales como, por ejemplo, la apertura de mente, la perseverancia o la humildad intelectual.⁽¹⁴⁾ Mientras que la epistemología de la virtud confiabilista tiene su origen en las primeras epistemologías externistas, la responsabilista está asociada con las teorías internistas del conocimiento y de la justificación. Cabe señalar que también se han defendido en la literatura versiones mixtas, que combinan elementos confiabilistas y responsabilistas.⁽¹⁵⁾ Sin necesidad de negar que la teoría de la virtud confiabilista pueda ser de interés para la epistemología de la prueba en el derecho, mi interés principal es desarrollar una teoría de la prueba basada en la teoría de la virtud responsabilista, de corte aristotélico, para el derecho. Esta aproximación me parece más productiva en cuanto que las virtudes, así entendidas, son disposiciones que están bajo nuestro control y por cuyo desarrollo y ejercicio podemos, por lo tanto, ser responsables.

Hay otra distinción importante en epistemología de la virtud, la diferencia entre versiones débiles y versiones fuertes, que es también relevante a la hora de diseñar una aproximación aretaica a la prueba jurídica.⁽¹⁶⁾ Según las versiones débiles, lo que la persona virtuosa hace es el mejor criterio para determinar lo que es correcto. En las versiones fuertes, un acto es correcto porque es el acto que una persona virtuosa haría. En este sentido, hay distintos papeles que puede jugar la virtud en la epistemología de la prueba jurídica. La virtud puede desempeñar un papel epistémico –como ocurre en las versiones débiles– de manera que el agente virtuoso está mejor situado para llegar a una conclusión justificada acerca de los hechos pero la justificación de la misma depende de factores distintos de la virtud o un papel constitutivo –como en las versiones fuertes– de tal modo que la justificación se define en términos de virtudes.⁽¹⁷⁾ Dentro de las versiones fuertes, es también posible diferenciar distintas versiones según que la virtud se considere como una condición necesaria y suficiente de la justificación, condición necesaria pero no suficiente de la justificación o como una condición de fondo de la justificación.⁽¹⁸⁾ En este trabajo, no me comprometo con ninguna versión específica –débil o fuerte– de la teoría de la virtud. El objetivo es contribuir en alguna medida a explorar la potencial aplicación de la epistemología de las virtudes (responsabilista) al ámbito del derecho y lo que sostengo en este trabajo es compatible con distintas versiones de la misma.

(14) Vid. CODE, Lorraine, *Epistemic Responsibility*, Hanover y Londres, University Press of New England, 1987 y MONTMARQUET, James, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1993. La defensa más detallada y sistemática de una teoría del conocimiento y de la justificación epistémica basada en un modelo moral de virtudes intelectuales es la ofrecida por ZAGZEBSKI, *op. cit.*, 1996.

(15) Vid. GRECO, John, *Achieving Knowledge: A Virtue-Theoretic Account of Epistemic Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

(16) Véase BAEHR, *op. cit.*, 2011, p. 9-13.

(17) Véase AMAYA, Amalia, «The Role of Virtue in Legal Justification» en Amaya y Ho, *op. cit.*

(18) Véase BAEHR, Jason, «Four Varieties of Character-Based Epistemology», *Southern Journal of Philosophy*, vol. 46, 2008.



VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

En una aproximación aretaica a la epistemología jurídica, el concepto central es, por supuesto, el concepto de virtud. De nuevo, hay una diversidad de concepciones de virtud vigentes en la literatura. Conforme a un primer modelo, generalista, de virtud, el virtuoso se caracteriza por tener un conocimiento del sistema de principios y reglas morales y epistémicas.⁽¹⁹⁾ Este modelo parece asumir, incorrectamente, que el conocimiento debe tener forma proposicional. Además, este modelo parece ignorar la insuficiencia de cualquier sistema normativo para determinar la acción o creencia correcta, que es, precisamente, lo que motiva, en primer lugar, la adopción de epistemologías y éticas de la virtud, frente a las más tradicionales teorías deontológicas o consecuencialistas. Frente a este modelo se erige el que es, posiblemente, el modelo prevalente en la literatura, a saber, el modelo perceptual.⁽²⁰⁾ Conforme a este modelo, la virtud consiste en una capacidad de detectar los rasgos particulares del caso concreto y ver correctamente qué es lo que es debido hacer en una situación particular⁽²¹⁾. Este modelo, aunque atractivo, adolece de un problema que, en el contexto jurídico, lo torna inviable: la construcción de la sensibilidad perceptual que caracteriza al virtuoso como una intuición de «ver» en lo correcto parece ser incompatible con el requisito, básico, de publicidad que deben cumplir las decisiones en el contexto jurídico.⁽²²⁾ El modelo de virtud como «conocimiento de expertos» rechaza justamente esta interpretación intuicionista de las capacidades perceptuales del virtuoso y sostiene que el virtuoso –como el experto– tiene la habilidad de discernir las razones relevantes que se dan en un caso concreto y proporcionar las justificaciones correspondientes.⁽²³⁾ Esta concepción de virtud me parece la más idónea para construir una concepción aretaica de la epistemología jurídica en cuanto que nos permite dar cuenta de las dimensiones perceptuales del razonamiento probatorio sin socavar la naturaleza pública del mismo.

La virtud, así entendida, es necesaria para poder resolver satisfactoriamente los casos difíciles y trágicos que se presentan en ocasiones en el contexto del razonamiento probatorio, tal y como trataré de mostrar en las secciones segunda y tercera. En la cuarta, trataré de esbozar una teoría de la virtud para jueces y miembros del jurado, examinando los rasgos de carácter que son particularmente relevantes para la determinación de los hechos en el Derecho. Concluiré, en la sección quinta, con algunos comentarios acerca las implicaciones que tiene para el derecho probatorio la inserción del concepto de virtud como un concepto central en una teoría de la argumentación acerca de los hechos en el Derecho.

(19) R. HURSTOUSE, «Practical Wisdom: A Mundane Account» *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 106, núm. 1, 2006.

(20) *Ibid.*

(21) *Vid.* MCDOWELL, John, «Virtue and Reason», *Mind, Value and Reality*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

(22) *Vid.* AMAYA, 2012, *op. cit.*, pp. 59-60.

(23) Véase, WALLACE, R. Jay, *Normativity and the Will: Selected Essays in Moral Psychology and Practical Reason*, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 253-258.



II. VIRTUD Y RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LOS CASOS DIFÍCILES

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles es, sin duda, fundamental en la teoría de la argumentación jurídica, que se ha ocupado, de manera central, de los problemas relativos al razonamiento acerca de las premisas normativas en el Derecho. Esta distinción, sin embargo, también me parece altamente relevante para el desarrollo de una teoría del razonamiento probatorio en el derecho. Es posible distinguir, conforme a la bien conocida clasificación de MacCormick, entre cuatro tipos de casos difíciles: los casos que presentan «problemas de interpretación», «problemas de relevancia», «problemas de clasificación» y «problemas de prueba».⁽²⁴⁾ Mientras que los dos primeros tipos de casos conciernen a la premisa normativa del silogismo judicial, los dos últimos se refieren a la premisa fáctica. Me parece que esta clasificación es muy útil para analizar los tipos de casos difíciles que se presentan ante jueces y jurados. No obstante, a diferencia de MacCormick, me parece importante notar que la determinación de los hechos del caso no sólo requiere, en ocasiones, resolver problemas de clasificación y prueba sino también problemas de interpretación así como problemas de relevancia. Son cuatro, por lo tanto, los tipos de casos difíciles que tienen que enfrentar, a veces, los jueces y jurados para arribar a conclusiones fácticas justificadas.

En primer lugar, la determinación de los hechos en algunos casos es difícil debido a problemas de interpretación del derecho. Entre los problemas interpretativos que enfrentan jueces y miembros del jurado se encuentra la interpretación de los estándares de la prueba, particularmente, en Derecho penal. La determinación de cuándo se ha satisfecho el estándar de «más allá de toda duda razonable», «prueba plena» o «convicción íntima» requiere que jueces y jurados se embarquen en un difícil ejercicio interpretativo. Estos estándares tienen, además, una naturaleza contextual, de modo que es necesario, para poder determinar si se han satisfecho o no, evaluar qué cuenta como razonable o como convicción íntima en el caso particular, a la luz de los costes que tendría un error en este caso, las consecuencias normativas que se siguen de la decisión y la importancia de lo que está en juego.⁽²⁵⁾ Los casos en los que no es posible diferenciar entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, como los casos de negligencia, también presentan problemas de interpretación. De nuevo, para poder determinar si se satisfacen los estándares de «cuidado debido» es preciso tomar en consideración las circunstancias particulares del caso.⁽²⁶⁾ Por último, la aplicación de estándares importantes que deben informar el juicio tales como «equitativo», «justo», «proporcional» o «adecuado» requieren determinar qué cuenta como tal en el caso particular.

En segundo lugar, jueces y jurados enfrentan, de manera paradigmática, problemas de prueba, es decir, problemas relativos a la interpretación de los hechos del caso. El

(24) MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 65-67 y cap. V.

(25) LILLQUIST, Erik, «Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability», *U.C. Davis Law Review*, vol. 36, 2002-2003.

(26) MARDER, Nancy, S., «The Myth of the Nullyfying Jury», *Northwestern Law Review*, vo. 93, 1998-1991, p. 910.



VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

trabajo inferencial en el que deben embarcarse jueces y jurados requiere la interpretación de diferentes elementos de prueba así como la evaluación de distintas hipótesis acerca de los hechos disputados a la luz de las pruebas disponibles, interpretación que puede ser extremadamente complicada en algunos casos específicos.

En tercer lugar, la determinación de los hechos en el derecho también exige resolver, en ocasiones, problemas de clasificación, es decir, determinar si los hechos probados cuentan como casos de la categoría normativa relevante recogida en la norma aplicable en el contexto de las circunstancias específicas del caso. ¿Es, por ejemplo, un bolígrafo un «arma oculta» para los efectos de atribuir responsabilidad penal? Esto dependerá, de nuevo, de los particulares del caso – como los casos de JT en Holanda, en el que JT fue acusado de asesinar a su madre penetrando su cerebro a través del ojo con un bolígrafo o el caso de Jason Webster, condenado por asesinar a Rebecca Love, apuñalándola repetidamente con un bolígrafo ponen tristemente de manifiesto.⁽²⁷⁾

Por último, jueces y jurados también tienen que enfrentar problemas de relevancia a la hora de determinar los hechos. El problema, en relación a los hechos, no es el de determinar si hay o no en el sistema jurídico elementos normativos relevantes, sino cuáles son los elementos fácticos relevantes a la hora de describir los hechos del caso. Aun cuando las normas guían, de manera central, el proceso de descripción, la determinación de la constelación de hechos relevantes no se encuentra totalmente determinada por la norma aplicable al caso. Baste pensar, por ejemplo, en la asimetría de poder en el lugar de trabajo en los casos de acoso sexual que, hasta sólo recientemente, se ha incorporado explícitamente en las normas que regulan este tipo de delitos.⁽²⁸⁾

En todos estos casos, la virtud del juzgador –juez o miembro del jurado– es necesaria para razonar adecuadamente acerca de los hechos. La toma de decisiones en estos casos requiere una sensibilidad particular para apreciar los rasgos relevantes del caso y determinar, a la luz de las circunstancias particulares, cuál es la mejor interpretación de los del derecho y de los hechos, el mejor modo de clasificar los mismos y cuáles son los hechos relevantes para la descripción del caso. La virtud, entendida como la capacidad de detectar las razones específicas que se derivan de los rasgos particulares del caso es, por lo tanto, necesaria para poder resolver de manera satisfactoria los problemas relativos a la determinación de la premisa fáctica en los casos difíciles.

Además de ser necesaria para resolver los casos difíciles, la virtud es también necesaria para determinar, en primer lugar, si un caso es o no difícil. Es decir, la posesión y el ejercicio de la virtud parece también necesaria para detectar cuándo un caso, aparentemente fácil es, no obstante, difícil. La persona virtuosa tiene la capacidad de ver que, en algunos casos, aun cuando la interpretación de los hechos y del derecho parezca clara y la clasificación y descripción de los mismos sea aparentemente sencilla es necesario ir más allá del sentido literal de las normas aplicables o de la más obvia interpretación,

(27) Véase, MALSCH, M., y NIJBOER, J. F., (eds.), *Complex Cases*, Amsterdam, Thela Thesis, 1999 y *Yorkshire Post*, 28 January 2008.

(28) NUSSBAUM, Martha C., 2000, «Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior», BURTON, Steven (ed.), *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge University Press, Cambridge, p. 78.



descripción o clasificación de los hechos y tratar el caso como un caso difícil. Permítaseme ilustrar estos casos por medio de un ejemplo de ficción, el caso descrito en la película, ya clásica, *Doce hombres sin piedad*, en la cual un joven estadounidense de origen hispano es acusado de asesinar a su padre a puñaladas.⁽²⁹⁾ El caso parece claro: el acusado no tiene ninguna coartada, el cuchillo que supuestamente pertenece al acusado se encuentra en la escena del crimen y varios testigos oyeron a la víctima gritar, vieron cómo se cometía el asesinato y cómo el acusado salía corriendo. El caso es tan fácil que once de los doce miembros del jurado votan inmediatamente en contra del acusado. Sin embargo, un miembro del jurado tiene la capacidad de detectar que las circunstancias del caso (como el hecho de que es un caso de pena de muerte, que el acusado pertenece a una minoría racial en contra de la cual es altamente probable tener prejuicios, que el acusado carece de los recursos necesarios para contratar a un buen abogado defensor, etc.) son tales que es necesario considerar distintas interpretaciones de los hechos y cuestionarse algunos aspectos del mismo antes de poder estar en condiciones de analizar la situación probatoria con un grado de detalle adecuado a la gravedad del caso. Como este ejemplo pone de relieve, una especial sensibilidad a los particulares del caso es esencial para poder poner en entredicho la naturaleza aparentemente fácil de un caso y embarcarse en el tipo de razonamiento probatorio necesario para decidir acerca de los hechos en los casos difíciles.

La virtud no es sólo necesaria para identificar los casos difíciles y resolverlos adecuadamente, sino que es especialmente requerida para decidir los casos, «trágicos», en los que aun cuando la interpretación tanto de los hechos como del derecho no presenta problemas, la determinación de los hechos y las normas relevantes es clara y la clasificación de los hechos conforme a la normas aplicables es sencilla, la conclusión a la que se llega parece ser absurda o profundamente injusta.⁽³⁰⁾ La virtud, como argumentaré en la siguiente sección, nos proporciona algunas de las herramientas necesarias para tratar también adecuadamente estos casos.

III. VIRTUDES, DILEMAS MORALES Y PRUEBA

En algunos casos, poco frecuentes por fortuna, jueces y jurados enfrentan en el ejercicio de su cargo verdaderos dilemas morales. Un dilema moral es un tipo particularmente severo de conflicto moral en el cual el agente tiene razones morales para tomar dos cursos de acción que no pueden realizarse conjuntamente. En estos casos, el agente, haga lo que haga, hará algo incorrecto moralmente. Dos rasgos adicionales caracterizan los casos dilemáticos: a) ninguna de las obligaciones morales derrota a la otra y b) cualquier decisión que se tome implica una pérdida o

(29) *Twelve Angry Men* (1957), dirigida por Sydney Lumet.

(30) Schauer diferencia entre dos tipos de casos difíciles: los que surgen de indeterminación lingüística y aquéllos en los que la respuesta que da el derecho está clara pero parece equivocada – como en los casos que yo he denominado, siguiendo la terminología de ATIENZA, como «trágicos». Vid. SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 157 y ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 251-252.



VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

afectación de un valor fundamental, y es por esto que estos casos se pueden llamar con propiedad «trágicos».⁽³¹⁾

Ocasionalmente la determinación de los hechos en el derecho requiere enfrentar conflictos normativos que tienen las características mencionadas, particularmente, en los casos en los que la obligación moral de aplicar el derecho y la obligación moral de hacer justicia entran en conflicto. Este tipo de conflicto se da en dos situaciones diferentes: a) cuando la norma aplicable parece moralmente incorrecta y b) cuando aunque la norma aplicable no parezca objetable desde un punto de vista moral, la aplicación de la misma al caso concreto tiene implicaciones normativas absurdas o profundamente injustas. En estos casos, jueces y jurados tienen razones morales para fallar en contra del acusado –bien porque la norma aplicable sea inmoral o porque la aplicación de la misma al caso concreto sea problemática desde un punto de vista moral– y razones morales –derivadas de su obligación de aplicar el derecho– para fallar en contra del acusado. La virtud, a mi parecer, puede proporcionar una manera de proceder en estos casos en los que jueces y jurados deben enfrentar conflictos normativos muy serios como los que caracterizan a los casos trágicos.

¿Cómo se comportaría un juez o miembro del jurado virtuoso en los casos que presentan dilemas morales?⁽³²⁾ En primer lugar, el juez o miembro del jurado virtuoso se daría cuenta de que está enfrentado un caso trágico y no simplemente un caso difícil y, mucho menos, uno fácil. No pasaría desapercibido, en este sentido, al virtuoso que las circunstancias del caso son tales que la aplicación sin más de la norma a los hechos es altamente problemática.

En segundo lugar, el virtuoso trataría de encontrar una salida entre los cuernos del dilema; completamente consciente de la importancia de los valores en conflicto, trataría de encontrar el modo de evitar sacrificar la justicia en aras de respetar el derecho así como de sacrificar el derecho en pos de la justicia. Haría su mejor esfuerzo por encontrar una interpretación plausible del derecho que le permitiera evitar una condena incorrecta moralmente a la par que respetar la obligación de obedecer al derecho derivada de su cargo institucional o consideraría formas en las que los hechos pueden ser clasificados o interpretados que posibiliten tomar una decisión que es respetuosa tanto de las exigencias impuestas por la justicia como de las exigencias impuestas por el derecho.

En tercer lugar, en caso de que estuviera convencido de que no hay forma de salir de los cuernos del dilema, trataría de tomar la decisión que tuviera las consecuencias menos perjudiciales posibles. Por ejemplo, un jurado virtuoso (en algunos sistemas) tiene la posibilidad de encontrar al acusado culpable pero solicitar al juez que se im-

(31) Véase, entre otros, W. SINNOTT-ARMTRONG, *Moral Dilemmas*, Blackwell, Oxford, 1988. En el contexto jurídico, véase ZUCCA, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas*, Oxford, Oxford University Press, 2007; LARIGUET, Guillermo, *Encrucijadas Morales*, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid, 2011, MORESO, Jose Juan (ed.), *Dilemas Morales y Derecho*, *Discusiones*, vol. 8, 2001 y MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, Buenos Aires, 2007.

(32) Véase HURSTHOUSE, Rosalind, «Two Ways of Doing the Right Thing», FARRALLY y SOLUM, *op. cit.*, pp. 236-255. Véase también LARIGUET, Guillermo, «Una introducción general al giro aretaico en la filosofía del derecho y su vínculo con los dilemas morales», GONZÁLEZ y LARIGUET, *op. cit.*, pp. 201-206.



ponga la sentencia menos severa. De este modo, el jurado puede respetar su juramento pero minimizando las consecuencias que ha de sufrir el acusado. Esta fue, por ejemplo, la manera en la que procedió el jurado en el caso de homicidio de Tracy Latimer, una niña de doce años que padecía parálisis cerebral. Tracy había ya sufrido una operación en su espalda, cadera y piernas y era necesario realizar otras operaciones, tenía que ser alimentada artificialmente y sufría dolores terribles, que los doctores no podían aliviar, por lo que su padre decidió poner fin a su vida. El jurado encontró al padre culpable de homicidio en segundo grado pero recomendó que la sentencia correspondiente no se impusiera.⁽³³⁾

En cuarto lugar, un miembro del jurado virtuoso tratará de evaluar los rasgos particulares del caso para determinar si el caso es tal que la nulificación del derecho es legítima o si, por el contrario, un veredicto de culpabilidad es debido, a pesar de la injusticia que el mismo pueda producir. En otras palabras, el jurado virtuoso tiene la capacidad de determinar, a la luz de las circunstancias específicas, si el uso del poder de nulificar (del que goza en algunos sistemas jurídicos) está justificado en el caso concreto.⁽³⁴⁾ Usos no virtuosos de manera incontrovertida del poder de nulificar son los casos de jurados exclusivamente blancos en casos de asesinato de afroamericanos donde el acusado es blanco. Ejemplos en los que el uso del poder de nulificar parece legítimo incluyen casos en los que la sentencia parece ser excesivamente dura – como en un caso de «three strike» en el que una persona fue sentenciada a prisión perpetua por robar un trozo de pizza– así como casos en los que los rasgos particulares del caso son tales que la aplicación de la norma aplicable parece injusta o absurda. Un ejemplo de esta última situación es el caso de Leroy Reed, un hombre de inteligencia limitada que fue acusado de poseer un arma en violación de una norma que prohibía a personas con una condena previa la posesión de armas. Reed quería trabajar y pensó que podría convertirse en detective privado haciendo un curso por correo que vio anunciado en una revista. Compró un arma y se paró en la puerta de los tribunales a esperar a que alguien lo contratara. Cuando la policía le preguntó qué estaba haciendo allí, Reed explicó sus intenciones, fue a casa a recoger su arma y la depositó en la comisaría. El jurado se preguntó si las limitaciones del acusado habían sido tomadas en cuenta por el legislador. De manera más específica, se centró en si Reed pudo «saber» que poseía ilegalmente un arma y consideró el hecho de que Reed comprara el arma como herramienta de trabajo, sus esfuerzos por emplearse y su cooperación con la policía como hechos relevantes y decidió absolver.⁽³⁵⁾

Por último, es fundamental notar que, en los casos en los que hay un conflicto severo entre derecho y justicia, el juez o miembro de jurado virtuoso, tanto si decide a favor como en contra del acusado, tendrá la respuesta emocional apropiada. La virtud, como he mencionado antes, tiene que ver no sólo con la acción sino también con la emoción,

(33) Véase, RACHELS, James, *The Elements of Moral Philosophy*, MacGraw-Hill, New York, 2006, pp. 13-15.

(34) La nulificación del derecho por parte del jurado se considera por muchos una opción moralmente justificada al menos en algunos casos. Véase KLEINIG, John, *Ethics and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 179-184.

(35) Véase MARDER, *op. cit.*, pp. 890-897.



VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

y al tomar una decisión en un caso trágico, el juez o miembro del jurado virtuoso experimentará pesadumbre y angustia, se dará cuenta de la importancia del valor sacrificado –tanto si es la obediencia al derecho como la justicia– y no minimizará la relevancia de la pérdida que conlleva su decisión ni se sentirá satisfecho de haberla tomado. Hay, por lo tanto, un modo característico en el que el juez o miembro del jurado virtuoso aborda los dilemas morales, lo que no significa que haya una respuesta uniforme a la pregunta acerca de qué debe hacer un juez o miembro del jurado cuando se enfrenta con un dilema moral: es necesaria la virtud para poder hacer la evaluación de los rasgos particulares del caso concreto y tomar la decisión adecuada al contexto.

IV. ESBOZO DE UNA TEORÍA DE LAS VIRTUDES PARA JUECES Y JURADOS

¿Cuáles son los rasgos de carácter que son virtudes en el contexto del rol de juez o miembro del jurado? De manera más específica, ¿cuáles son las virtudes necesarias para razonar adecuadamente acerca de los hechos en el derecho? En las secciones anteriores, he sostenido que la virtud es un componente necesario para determinar los hechos en, al menos, dos tipos de casos, los casos difíciles y los casos trágicos. Parece necesario ahora explicar cuáles son los rasgos de carácter que son, como se ha argumentado, cruciales para llegar a conclusiones fácticas justificadas en estos casos. No trataré de dar una lista exhaustiva de las virtudes necesarias para determinar correctamente los hechos en el derecho, sino que me limitaré a describir los tipos fundamentales de virtudes que habrían de ser incluidos en una teoría de la virtud desarrollada para jueces y jurados.

En primer lugar, los jueces deben tener un conjunto de virtudes epistémicas o intelectuales, tales como la autonomía intelectual, la humildad intelectual, la habilidad de reconocer hechos relevantes, sensibilidad al detalle, apertura de mente al evaluar las pruebas y apertura hacia las ideas de otros, imparcialidad al considerar las distintas hipótesis acerca de los hechos en litigio, evitando así realizar una evaluación sesgada o prejuiciosa de las alternativas, dedicación al seguir líneas prometedoras de investigación, sobriedad intelectual para no aceptar conclusiones de manera precipitada, valentía intelectual para atreverse a concebir alternativas que ponen en tela de juicio creencias firmes y perseverar frente a la oposición o la crítica y la habilidad de reconocer autoridades confiables.⁽³⁶⁾

Además de virtudes intelectuales, para llevar a cabo con éxito las tareas argumentativas relativas al establecimiento de la premisa fáctica, es necesario también poseer y ejercer un conjunto de virtudes de carácter moral. Algunas de las virtudes más importantes en este sentido son las virtudes de la justicia, la imparcialidad, la templanza, la valentía y la honestidad. Jueces y jurados se embarcan en la tarea de determinar los hechos no con el objetivo de avanzar el conocimiento sino la justicia. A diferencia de otros tipos

(36) Hay diversas concepciones acerca de cuáles son las virtudes intelectuales fundamentales. Véase, entre otros, COOPER, Neil, «The Intellectual Virtues», *Philosophy*, vol. 69, 1994.; ROBERTS, Robert y WOOD, Jay, *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, *op. cit.*, nota 14; ZAGZEBSKI, *op. cit.*; y MONTMARQUET, *op. cit.*, pp. 19-33.



de razonamiento epistémico, la determinación de los hechos en el derecho es una parte esencial de la administración de justicia. Por ello, la virtud de la justicia es sin duda fundamental para el razonamiento probatorio en contextos jurídicos. La imparcialidad es central en el razonamiento jurídico, incluido, desde luego, el razonamiento jurídico acerca de los hechos. Los jueces y miembros del jurado necesitan tener templanza, es decir, la capacidad de controlar sus impulsos y deseos y someterlos a la razón. La valentía para enfrentar la crítica social así como, en casos extremos, incluso amenazas físicas, es también un rasgo de carácter necesario para desarrollar las tareas asignadas a jueces y miembros del jurado. Por último, la honestidad es necesaria para tomar una decisión basada en los hechos probados y no dejarse influir indebidamente por otros factores, cediendo a presiones políticas o participando en prácticas corruptas.⁽³⁷⁾

Es importante señalar que aunque sea conveniente diferenciar entre los rasgos de carácter que son relevantes para comportarse de manera epistémicamente virtuosa y los rasgos necesarios para comportarse de un modo moralmente valioso en el ejercicio de las funciones de determinación de hechos asignadas a jueces y jurados, la distinción entre las virtudes morales y las virtudes epistémicas no es tajante.⁽³⁸⁾ A diferencia de lo que sostuvo Aristóteles, las virtudes morales y las intelectuales o epistémicas tienen una naturaleza similar y es también parecido el modo en el que se adquieren. Tanto las virtudes epistémicas como las morales aúnan componentes cognitivos y emocionales y en ambos casos se adquieren mediante la imitación y la práctica. Hay, además, numerosas conexiones lógicas y causales entre las virtudes morales y las epistémicas. Por ejemplo, la virtud moral de la honestidad implica lógicamente la posesión de las virtudes intelectuales que son necesarias para obtener creencias justificadas, ya que no es suficiente para comportarse de manera honesta que uno comunique simplemente lo que cree, sino que es preciso esforzarse para asegurarse que uno tiene buenas razones para creer lo que se comunica. Como ejemplo de relación causal, podemos pensar en la envidia y la soberbia, que obstaculizan la adquisición de virtudes intelectuales como la humildad intelectual o la apertura de mente. Por último, hay virtudes que aplican de igual manera al ámbito moral y al intelectual, tales como la humildad, la autonomía y la valentía. Por lo tanto, es importante destacar que las virtudes morales y las intelectuales o epistémicas que son necesarias para llevar a buen término las tareas de argumentación acerca de los hechos en el Derecho están íntimamente entrelazadas.

En tercer lugar, el razonamiento probatorio en el Derecho es, de manera central, una parte de un razonamiento práctico, es decir, un razonamiento que concluye en una acción, la acción de rendir un veredicto, y no en un estado de conocimiento. Debido a su naturaleza práctica, la *phronesis* o sabiduría práctica es una virtud esencial para la correcta determinación de los hechos en el Derecho. Son tres las

(37) Para una discusión de algunas de estas virtudes en el contexto del rol de juez, véase, entre otros, SALDAÑA, Javier, *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007; CHAPMAN, John W. y GALSTON, William A. (eds.), *Virtue, Nomos*, vol. XXXIV, New York, New York University Press, 1992.; AGUILÓ, Josep, «Independencia e imparcialidad de los jueces», *Isonomía*, núm. 6, 1997; FARRELLY, Colin y SOLUM, Lawrence, «An Introduction to Aretaic Theories of Law», FARRELLY y SOLUM (ed.), *op. cit.*, pp. 7-16; y LARIGUET, Guillermo, *Virtudes, ética profesional y derecho*, IBdeF, Montevideo y Buenos Aires, 2012.

(38) Véase ZAGZEBSKI, *op. cit.*, pp. 137-165.



VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

funciones principales que desempeña la *phronesis* y que hacen de la misma una virtud fundamental.⁽³⁹⁾ En primer lugar, las virtudes, tal y como sostuvo Aristóteles, son medios entre un extremo de exceso y otro de deficiencia. Por ejemplo, la valentía es el justo medio entre la cobardía y la temeridad. La *phronesis* es necesaria para determinar el justo medio, en un contexto determinado, entre los extremos, que es, en último término, en lo que consiste la virtud. En segundo lugar, la *phronesis* es necesaria para mediar entre las distintas virtudes cuando éstas entran en conflicto. Por ejemplo, a veces las exigencias de la humildad intelectual pueden entrar en conflicto con las exigencias de la autonomía intelectual –como puede ser el caso de un miembro del jurado que sostiene una teoría del caso minoritaria. En estos casos, la virtud de la sabiduría práctica es necesaria para hacer el juicio de una persona virtuosa, y no simplemente, el de una persona humilde o autónoma. Por último, la virtud de la sabiduría práctica es necesaria para integrar las distintas virtudes en un solo curso de acción. Aun cuando no haya un conflicto entre las virtudes relevantes ni sea problemática la determinación del justo medio, ni la acción ni la creencia se pueden describir totalmente en términos de seguir un conjunto de procedimientos. Las creencias y acciones de los jueces y miembros del jurado no se siguen exclusivamente de las reglas de la lógica inductiva y deductiva u otros procedimientos confiables de formación de creencias sino que hay siempre un elemento de «buen juicio» en la formación de creencias acerca de los hechos en el Derecho y en la toma de la decisión correspondiente, buen juicio –más allá del seguimiento de las normas epistémicas y jurídicas aplicables– que es, justamente, lo que caracteriza a la persona con sabiduría práctica.

En cuarto lugar, al especificar las virtudes que deben poseer y ejercer los jueces y miembros del jurado es esencial atender a la dimensión institucional que tiene la determinación de los hechos en el Derecho. A diferencia de otros tipos de razonamiento epistémico, el razonamiento probatorio en el Derecho tiene lugar en el seno de un complejo entramado institucional. La determinación de los hechos en el Derecho está constreñida por un conjunto de normas jurídicas procedimentales y substantivas, que están orientadas no sólo a alcanzar la verdad sino también a proteger otra serie de valores. Por ello, los jueces y miembros del jurado han de tener, además de las virtudes morales y epistémicas –que son virtudes generales, a pesar de que se especifiquen de manera diversa en el contexto de distintos roles, como el rol de juez o jurado– lo que podríamos llamar la virtud de la fidelidad al derecho. El juez o miembro del jurado virtuoso debe mostrar una actitud de respeto hacia el derecho y una disposición a llevar a cabo la tarea de determinación de los hechos dentro de los límites impuestos por las normas jurídicas que la regulan, aplicando los estándares de la prueba adecuados al caso, tomando (en el caso de los jurados) seriamente en consideración las instrucciones del juez, ignorando el conocimiento de pruebas inadmisibles, etc. En otras palabras, tanto los jueces como los jurados virtuosos llevarán a cabo las tareas de determinación de los hechos asignadas institucionalmente adoptando lo que Hart llamó el «punto de

(39) Para una discusión de las funciones principales de la virtud de la sabiduría práctica, véase ZAGBEZSKI, *op. cit.*, pp. 211-231.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

vista interno», es decir, mostrando una disposición a ajustar su conducta a las reglas que regulan la prueba en el Derecho.⁽⁴⁰⁾

Por último, hay una serie de rasgos de carácter que facilitan la comunicación así como la deliberación colectiva y que son también fundamentales para el buen desempeño de las labores de determinación de los hechos institucionalmente asignadas a jueces y miembros del jurado.⁽⁴¹⁾ Estas virtudes de comunicación son esenciales no sólo para comunicar el veredicto sino también, en el caso de los órganos colegiados y de los jurados, para poder llegar al consenso necesario para alcanzar un veredicto. Hay, por lo tanto, importantes conexiones entre el desarrollo de una aproximación aretaica a la prueba jurídica y la epistemología social, área de la epistemología a la que compete el análisis y estudio de estas virtudes. Otra importante aplicación de la epistemología social al desarrollo de una epistemología de las virtudes para el derecho tiene que ver con las cuestiones relativas a la atribución de virtudes a órganos colectivos –como órganos colegiados y jurados, cuestiones tales como qué queremos decir con expresiones como que el jurado fue equitativo, justo o cobarde y en qué condiciones, en su caso, es posible realizar justificadamente tales atribuciones.⁽⁴²⁾

V. VIRTUDES, TEORÍA DE LA PRUEBA Y ÉTICA JURÍDICA

En las secciones anteriores he sostenido que la virtud es un componente esencial en una teoría del razonamiento probatorio. De manera más específica, he argumentado que la posesión de un conjunto de virtudes (intelectuales, morales, prácticas, institucionales y de comunicación) es necesaria para llevar a cabo con éxito las tareas de determinación de los hechos por parte de jueces y jurados en los casos difíciles y los casos trágicos. Ahora bien, se podría cuestionar la relevancia la discusión anterior para el desarrollo de una teoría de la prueba que tenga la pretensión de guiar y mejorar la práctica jurídica real en la que se embarcan jueces y miembros del jurado que distan mucho de ser –al menos en su mayor parte– virtuosos. En esta última sección quisiera argumentar que, por el contrario, una aproximación aretaica al razonamiento probatorio en el Derecho, lejos de ser una idealización improductiva, tiene importantes implicaciones para la teoría y la práctica jurídica.

En primer lugar, si, como he argumentado, la posesión y el ejercicio de las virtudes es necesaria para razonar adecuadamente acerca de los hechos en el Derecho en los casos difíciles y trágicos, entonces cobra una especial relevancia la tarea de educar en virtudes a aquéllos a quienes se les va a encomendar la tarea de determinar los hechos en contextos jurídicos. En este sentido, una aproximación aretaica a la prueba jurídica

(40) HART, Herbert, L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 88-91 y *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, New York, 1984, pp. 14-15 y 166-167.

(41) COOPER, *op. cit.*, pp. 465-467.

(42) Véase, LAHROODI, Reza, «Collective Epistemic Virtues», *Social Epistemology* 21 (3), 2007 y FRICKER, Miranda, «Can There Be Institutional Virtues?» TAMAR S. GLENDER y HAWTHORNE, John (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, Oxford University Press, 2010.





VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

tiene importantes implicaciones para la educación jurídica –especialmente, la capacitación judicial– así como para la educación general –al menos en aquellos sistemas en los que está vigente la institución del jurado.

En segundo lugar, que la virtud sea un componente necesario para el buen desempeño de las tareas de determinación de los hechos en el Derecho tiene también consecuencias importantes para el diseño de los procedimientos probatorios. La teoría de la virtud, me parece, nos ofrece una perspectiva útil para evaluar las reglas procesales y de la prueba. De modo más concreto, mi sugerencia es que podemos evaluar los procedimientos de determinación de los hechos en el Derecho tratando de determinar si éstos promueven o, por el contrario, obstaculizan el análisis virtuoso de las pruebas. Es, me parece, fundamental que los procesos probatorios se estructuren de manera tal que se maximicen las posibilidades de que jueces y miembros del jurado –con independencia de que posean las virtudes en mayor o menor medida– alcancen las conclusiones acerca de los hechos en el Derecho que un agente virtuoso podría haber alcanzado.

¿Qué tan satisfactorias son las normas y procedimientos que estructuran la determinación de los hechos desde un punto de vista aretaico? Hay un conjunto de normas y procedimientos que propician la toma de decisiones virtuosa acerca de los hechos en el Derecho. Por ejemplo, el sistema adversarial –con independencia de los problemas que el mismo pueda tener– es una forma efectiva de implementar los ideales de imparcialidad, como también lo es la institución del examen cruzado de testigos. Algunos rasgos del jurado también parecen coadyuvar al análisis virtuoso de las pruebas, tales como los procesos de selección de jurados (orientados, en parte, a asegurar, en la medida de lo posible, que los miembros del jurado tengan ciertas virtudes epistémicas, como la imparcialidad, la honestidad o la autonomía intelectual así como un compromiso firme de respetar el derecho, al que me he referido antes como la virtud de la integridad o la obediencia al derecho) o las instrucciones al jurado (como la instrucción de ser imparcial, mantener una mente abierta, no dar ni recibir ningún favor de ninguna persona que pueda estar relacionada con el caso, etc.). La obligación de motivar la decisión –tanto en juicios por jurado, en algunos sistemas, como en los casos en los que la determinación de los hechos es competencia de los jueces, es, sin duda, un mecanismo que promueve de manera esencial que las tareas de argumentación acerca de los hechos en el Derecho se realicen de forma virtuosa, en cuanto que incentiva a los miembros del jurado y a los jueces a fundamentar sus decisiones en el mejor conjunto de razones disponible. El requisito de motivación también aumenta las posibilidades de que jueces y jurados sean diligentes a la hora de analizar las pruebas presentadas en juicio y consideren seriamente la posibilidad de que otras hipótesis acerca de los hechos sean mejores explicaciones de los hechos a evaluar, propiciando, por lo tanto, una actitud de imparcialidad. Este requisito también puede ser un modo efectivo de minimizar el análisis sesgado y prejuicioso de las pruebas, en cuanto que fuerza a jueces y jurados a justificar sus decisiones en base a razones que otros pueden razonablemente aceptar, así como un buen mecanismo para asegurar el respeto de las exigencias impuestas por la virtud de la integridad u obediencia al derecho, ya que las decisiones sólo pueden motivarse en base a razones aceptables conforme a Derecho.

A pesar de que es posible atribuir un fundamento aretaico a algunas de las reglas procesales y de la prueba, otras reglas y procedimientos son altamente criticables



desde el punto de vista de la teoría de la virtud. Algunos ejemplos de normas que estructuran la deliberación y decisión acerca de los hechos en el Derecho y que obstaculizan el análisis virtuoso de las pruebas son las reglas de exclusión intrínsecas –vigentes en algunos sistemas– o la instrucción según la cual el jurado no debe considerar en sus deliberaciones qué sentencia se seguiría de un fallo de culpabilidad.⁽⁴³⁾ Las reglas de exclusión intrínsecas obstaculizan el ejercicio de algunas virtudes epistémicas básicas como la virtud de la autonomía intelectual o la completitud en el análisis del material probatorio relevante. Además, son problemáticas desde el punto de vista de una ética de las virtudes, ya que el acceso a las pruebas relevantes es una condición necesaria para deliberar acerca del caso con un nivel de cuidado que refleje la preocupación y el respeto debido a las partes, que es, a su vez, una exigencia fundamental para ejercer la virtud de la justicia en un juicio.⁽⁴⁴⁾ Estas reglas también dificultan el razonamiento probatorio virtuoso ya que el objetivo de algunas de ellas es promover el análisis desapasionado de las pruebas, impidiendo de este modo que jueces y jurados tengan respuestas emocionales apropiadas al caso. La instrucción según la cual el jurado debe alcanzar su veredicto con independencia de la sentencia que se pueda imponer evita que el jurado tome una decisión que tome en consideración las circunstancias particulares del caso –como haría un agente virtuoso– entre las cuales se encuentra, de manera fundamental, las consecuencias normativas que se pueden seguir de la decisión.

En tercer lugar, una aproximación aretaica a la prueba puede ofrecer una guía valiosa para reformar las normas y procedimientos probatorios actuales. Por ejemplo, con vistas a promover el análisis virtuoso de las pruebas, parece necesario realizar algunos cambios en las instrucciones del jurado, como la necesidad de que los miembros del jurado conozcan las consecuencias de su decisión –discutida más arriba– o que sean informados de su capacidad de nulificar, de las circunstancias excepcionales en las que dicho poder debe ser ejercido y de las consideraciones que deben tenerse en cuenta para un uso virtuoso del mismo. Una aproximación aretaica a la teoría de la prueba también recomendaría que las instrucciones que se dan al jurado se reconfiguren de tal manera que se maximicen las posibilidades de que el jurado actúe de un modo virtuoso. Como he sostenido, algunas virtudes, como la de la imparcialidad, ya se encuentran recogidas en las instrucciones del jurado. Sin embargo, el ideal de jurado virtuoso es mucho más complejo y exigente que el ideal de imparcialidad que conforman las instrucciones actuales. Sería deseable que el juez transmitiera al jurado la complejidad de la tarea encomendada y las distintas actitudes morales y epistémicas que son necesarias para llevar a cabo su tarea adecuadamente.⁽⁴⁵⁾

(43) Shannon v. United States, 512 U.S. 573 (1994) y Rogers v. United States 422 U.S. 35 (1975).

(44) Véase Ho, *op. cit.*, 2007, pp. 78-84.

(45) Para ello parece esencial tomar en consideración los estudios en psicología cognitiva. Es posible que la mejor manera de lograr que los jurados visualicen el ideal de virtud de un modo que tenga un efecto palpable en su conducta no sea mediante instrucciones directas sino mediante métodos indirectos. Por ejemplo, estudios empíricos indican que la instrucción «considera el caso opuesto» es más efectiva para lograr un juicio imparcial que exigir directamente la imparcialidad. Véase SIMON, Dan, «A Third View of the Black Box», *University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004.



VIRTUDES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO

Otros cambios que promovería la teoría de la virtud tienen que ver con el fortalecimiento de la situación epistémica del jurado –y, en algunos sistemas, de los jueces también– en cuanto que parece necesario, en aras de maximizar las posibilidades de que tanto miembros del jurado como jueces se involucren en las actividades de investigación y deliberación acerca de los hechos de forma virtuosa, reemplazar la concepción –predominante– altamente pasiva de los mismos por una concepción más activa, por ejemplo, concediéndoles el poder de solicitar pruebas adicionales, llamar a testigos y expertos, visitar la escena del delito, interrogar testigos, realizar preguntas de clarificación al juez (en el caso de los jurados) o a las partes o discutir acerca del caso a lo largo del juicio.⁽⁴⁶⁾ Por lo tanto, una perspectiva aretaica no sólo tiene la capacidad de explicar algunas características prominentes de los sistemas probatorios actuales sino que también ofrece una perspectiva útil para evaluar y mejorar los mismos.

En cuarto lugar, la tesis según la cual la virtud es un componente central en una teoría de la prueba tiene importantes implicaciones a la hora de definir el objeto de estudio de la disciplina. Si, como he argumentado, para razonar con éxito acerca de los hechos en casos difíciles y trágicos es necesario tener un conjunto de virtudes, entonces la formación del carácter (moral y epistémico) es una parte fundamental de una teoría de la prueba. Cuestiones de ética judicial y de ética de jurados son, desde esta perspectiva, cuestiones que están íntimamente ligadas con cuestiones probatorias. Hay, por decirlo de otro modo, vínculos fundamentales, que parece necesario explorar, entre la teoría de la prueba y la ética jurídica. La llamada *new evidence scholarship* incorporó el estudio de la inferencia y formas de razonamiento dentro del objeto de estudio de la teoría de la prueba, que se había centrado, tradicionalmente, en el análisis de las normas y procedimientos que regulan la prueba jurídica.⁽⁴⁷⁾ Mi sugerencia, por lo tanto, es que continuemos ampliando el objeto de estudio de la teoría de la prueba abarcando también ahora el estudio del carácter.

Esto no implica, desde luego, abandonar la pretensión de objetividad que han de tener las determinaciones fácticas, pero sí reconocer la contribución que hacen los sujetos (virtuosos) al razonamiento probatorio y que ninguna teoría de la inferencia probatoria (por bien diseñada que esté) ni ningún conjunto de reglas de la prueba (por bien codificado que esté) es suficiente para la determinación de los hechos, sino que hace falta un cierto tipo de sujeto, con ciertas cualidades, para poder llevar a cabo con

(46) Acerca de la pasividad de los jurados en los sistemas actuales, véase DAMAŠKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Have, 1997, p. 89. Los jurados en el pasado, por el contrario, jugaron un rol mucho más activo, véase LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 215-216 y MARDER, Nancy S., «Juries and Technology» 66 *Brooklyn Law Review*, 2001, pp. 1263-1269. Acerca de los beneficios asociados con permitir que los jurados deliberen sobre las pruebas a lo largo del juicio y hagan preguntas, véase, respectivamente, P. L. HANNAFORD *et al.*, «Permitting Jury Discussions During Trials», *Law and Human Behavior*, vol. 24, 2000 y HEUER, Larry y PENROD, Steven, «Juror Note-taking and Question-Asking During Trials», *Law and Human Behavior*, vol. 18, 1994. Véase también JACKSON, John, «Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, acerca de la necesidad de que los jurados tengan un papel más activo.

(47) LEMPert, Richard, (1986) «The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof» 66 *Boston University Law Review*. Véase también TWINING, William y STEIN, Alex, (eds.), «Introduction to *Evidence and Proof*», *Evidence and Proof*, New York, New York University Press, 1992, p. xv.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

éxito las tareas de investigación y deliberación necesarias para justificar apropiadamente las conclusiones acerca de los hechos en el Derecho.

Por último, el desarrollo de una aproximación aretaica a la teoría de la prueba jurídica puede tener consecuencias no sólo para la epistemología jurídica sino también para la epistemología general. Inicié este trabajo diciendo que no se había explorado lo suficiente la potencial aplicación de la epistemología de la virtud al derecho y, en concreto, al derecho de la prueba. Uno de los campos de investigación más activos en teoría de la virtud en distintas disciplinas es el desarrollo de aplicaciones de la misma. Creo que, en este sentido, la epistemología de la prueba basada en virtudes puede ser un buen campo de estudio para evaluar la epistemología de la virtud en general y también para desarrollar la misma –en el mismo sentido en el que aproximaciones aretaicas a problemas de ética aplicada han resultado ser vitales para el desarrollo de versiones contemporáneas de ética de la virtud⁽⁴⁸⁾.

(48) Véase AXTELL, Guy and OLSON, Philip, «Recent Work in Applied Virtue Ethics», *American Philosophical Quarterly*, vo. 49 (3) 2012, para una visión panorámica de las aplicaciones de la ética de la virtud.





LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN EL DERECHO COMÚN

CARMEN FLORIT FERNÁNDEZ

Universidad Europea

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: MÁS ALLÁ DE LA REITERADA CRÍTICA A LAS UNIONES DE HECHO POR SU JUSTIFICACIÓN YA SUPERADA EN LA UNIÓN HOMOSEXUAL Y EN LA IMPOSIBILIDAD DE DIVORCIO.
- II. PENSIÓN O INDEMNIZACIÓN POR DESEQUILIBRIO EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.
- III. DERECHO DE ALIMENTOS Y REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LOS ALIMENTOS EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.
- IV. CONCLUSIÓN SOBRE LOS ALIMENTOS EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.
- V. BIBLIOGRAFÍA.

- I. INTRODUCCIÓN: MÁS ALLÁ DE LA REITERADA CRÍTICA A LAS UNIONES DE HECHO POR SU JUSTIFICACIÓN YA SUPERADA EN LA UNIÓN HOMOSEXUAL Y EN LA IMPOSIBILIDAD DE DIVORCIO

Recientemente ha entrado en vigor la reforma operada en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco⁽¹⁾, reguladora de las parejas de hecho, por parte de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, cuyo artículo 6 establece que, en defecto de pacto, cualquiera de los miembros de la pareja se puede acoger a lo siguiente:

2. Los efectos del cese, señalándose:

a) Una pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesitara para atender adecuadamente su sustento en uno de los siguientes casos:

1. Si la unión hubiera supuesto disminución en la capacidad del solicitante de obtener ingresos.

(1) La Ley 2/2003 fue recurrida por el Presidente del Gobierno, solicitándose posteriormente el desistimiento.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

2. Si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo le impidieran la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente.

b) Una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.

De este modo, enuncia la citada Ley un derecho de alimentos para el miembro de la pareja que tras la ruptura quede desfavorecido o necesitado, y lo distingue de la compensación a que puede también acceder de haber trabajado para el hogar o para el otro miembro de la pareja, basándose en el enriquecimiento injusto. En el caso de los alimentos exige la Ley, no obstante, que la necesidad provenga de la imposibilidad de atender su propio sustento por el cuidado de los hijos, o que la necesidad provenga precisamente de la extinción de la unión. De este modo, no se trata de un derecho de alimentos como el que el Código Civil regula para el matrimonio en el momento de su separación de hecho, sino más bien de una figura mixta entre alimentos y compensación por desequilibrio⁽²⁾, aunque remita, para el segundo supuesto, al enriquecimiento injusto.

En Derecho Común, sin embargo, no existe una norma específica para la regulación de la formalización, vida y extinción de las uniones estables de pareja, pero no son pocos los casos de uniones estables que tras la ruptura llegan a los Juzgados reclamando derechos cuasi-matrimoniales, tales como derecho a suceder, derecho a la obtención de una pensión pública de viudedad, pensión compensatoria, disolución del patrimonio común, e incluso, como planteamos en este trabajo, derecho de alimentos. No existe, por tanto, en Derecho Común, y salvo que las partes lo hayan pactado⁽³⁾, derecho de alimentos entre los miembros de la unión de hecho.

Como sabemos, La unión *more uxorio*, unión libre, unión de hecho o unión estable de pareja, como se le suele denominar, es aquella en la que, no habiendo vínculo matrimonial, existe una relación estable de pareja, *affectio maritalis*, relación sexual y convivencia y se articula entre los convivientes como si de un matrimonio se tratara. No se incluyen en este tipo las relaciones que podríamos denominar esporádicas o que a pesar de su continuidad se desarrollan en el marco de la clandestinidad, como pudiera ser una segunda pareja con la que se mantiene una relación paralela al margen del matrimonio⁽⁴⁾.

Lacruz habla incluso de *familia de hecho*: «Para que haya lo que se denomina comúnmente una *familia de hecho* es precisa una vida paraconyugal de la pareja, que se conduce como matrimonio y como tal se pretende y presenta. Se trata de una situación familiar (STC 222/1992, 11 diciembre (RTC 1992, 222)) en la que dos personas viven juntas y mantienen relaciones sexuales entre sí sin formalizar su relación, por

(2) Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 149.

(3) Dejando apartado ahora el tema de la validez de dichos pactos.

(4) Lacruz destaca como características típicas de la unión libre las de la convivencia y la voluntad de permanencia. *Elementos de Derecho Civil IV, Familia*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín, Madrid, Dykinson, 2010, p. 289.





LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

lo que pueden unilateralmente y sin intervención judicial ultimar y dejar sin efecto la relación»⁽⁵⁾.

Para Zollikofer, «el problema que plantea el matrimonio legal es el de su ordenación seriada, colectiva, vinculante, mientras el hombre moderno sólo puede vivir en un matrimonio individual. *El hombre moderno tiende a superar el matrimonio civil, estatal, y a desarrollar su personalidad en un matrimonio interno, individual, autorresponsable* (para lo cual propone el autor un contrato detalladísimo)»⁽⁶⁾. Dice Lacruz también que «es evidente que entre nosotros las uniones paramatrimoniales han dejado de ser un *fenómeno desviado*, y hoy, superada ya la época en que todo era visto, en la pareja no casada, como negativo (inmoral, ilegal, antijurídico, pactos nulos...), ha salido ya de ese período de cambio y aceptación y se ha convertido en una institución social y en una institución jurídica no generalizada, tanto porque el Estado no la ha regulado en absoluto para los territorios en los que tiene plena competencia, en tanto que sí lo han hecho las Comunidades Autónomas con competencia material y también otras, aunque por no ser competentes para la cuestión de fondo lo han hecho para materias marginales, con alguna extralimitación inevitable»⁽⁷⁾.

Más extrema es la opinión de Pittí, que afirma que «el no reconocimiento de las uniones de hecho sigue un modelo autoritario de poder y discriminación que socava la democracia familiar y social. Ese poder vertical de sometimiento familiar, está arraigado en todos nuestros Códigos Civiles, a los que seguimos apegados, postulando un Derecho Familiar atenazado por sus estructuras, pero que afortunadamente van cediendo, por el designio implacable del tiempo, en el que las familias, cualquiera que sea su forma de constitución, surgen bajo los nuevos paradigmas de un Derecho emergente, vivo y dinámico»⁽⁸⁾.

Como he manifestado, no existe una norma estatal que regule los deberes, obligaciones y derechos de los miembros de las uniones libres, sino sólo determinadas normas concretas que regulan cuestiones puntuales, como pueda ser la referida a la subrogación en el arrendamiento de vivienda. La respuesta específica por materias es la adecuada, entiendo, pues es la más respetuosa con la voluntad de los miembros de la unión, que no han contraído matrimonio porque no desean hacerlo⁽⁹⁾, como más adelante explico. Las Comunidades Autónomas, sin embargo, sí han entrado a regularlas, y de manera global.

Las CCAA con competencia legislativa en Derecho Civil que han regulado de alguna manera la figura de las uniones estables de pareja son:

(5) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 279. La célebre sentencia es citada y comentada por otros autores, entre ellos, cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas, 1995, p. 202. La autora distingue entre *tutela externa* y *tutela interna* de la pareja de hecho por parte del Estado, de modo que por lo que se refiere a los derechos de los miembros de la unión frente al Estado son escasos o nulos, se ha equiparado, por la *tutela interna*, prácticamente la unión extramatrimonial a la matrimonial.

(6) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 281.

(7) *Ibid.*, p. 285.

(8) PITTÍ, Ulises, «Las uniones de hecho», en *Diez años de abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de familia, 1.ª ed., Las Rozas (Madrid), La Ley, 2003, p. 208.

(9) Tal es la opinión de GALLEGU DOMÍNGUEZ, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 31.



- Cataluña: Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que deroga la pionera Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, modificada por la Ley 3/2005 de 8 de abril.
- Aragón: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que deroga la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que había sido reformada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas y por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.
- Navarra: Ley 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables. La norma también ha sido objeto de varias reformas, la última de junio de 2011.
- Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, que ha sido modificada en 2009.
- País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho, modificada por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.
- Galicia⁽¹⁰⁾: Ley 2/2006, de 14 de junio, reformada por la Ley 10/2007 de 28 de junio, reformada recientemente en el año 2012.

Las CCAA donde rige el Código Civil con normas sobre las parejas de hecho son:

- Valencia: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana.
- Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.
- Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables del Principado de Asturias.
- Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.
- Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho.
- Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria
- Castilla-La Mancha: Decreto de 124/2000, de 11 de julio, sobre creación y régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la comunidad de Castilla-La Mancha, reformada en 2012.
- Castilla y León: Decreto de 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.

(10) Para un estudio más a fondo de la regulación gallega relativa a las uniones de hecho es muy recomendable el trabajo de DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Relaciones económicas de las uniones estables de pareja en el derecho civil de Galicia: convivencia y ruptura», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 579-629.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

- La Rioja: Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja, reformado en 2013.
- Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, reformado en 2012.

Que las CCAA hayan entrado a regular las uniones de hecho no está exento de polémica. Dice Bercovitz que «son anticonstitucionales porque las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en materia civil sobre esta materia, incluidas las Comunidades con propio Derecho civil, foral o especial. Pero, sobre todo, son anticonstitucionales porque en verdad lo que vienen a establecer, bajo la denominación de parejas o uniones de hecho o estables, es una segunda clase de matrimonio en cada Comunidad, con diferentes requisitos y efectos a los vigentes con carácter general para el matrimonio. Ello implica que ni siquiera el legislador estatal es competente al respecto, por la sencilla razón que nuestra Constitución permite únicamente una clase de matrimonio, con únicos requisitos y efectos básicos, autorizando la diversidad exclusivamente para la forma de celebración (art. 32.2 CE)...»⁽¹¹⁾.

En otro orden de cosas, y cuestiones de competencia legislativa aparte, por lo que respecta a mi experiencia personal acerca de las personas que no contraen matrimonio es sencillamente que no quieren contraerlo, en unos casos por querer *probar* la convivencia antes de dar el trascendental paso de casarse⁽¹²⁾ –muchas veces se da el paso al querer tener hijos–, y en otros por rechazar de plano la institución. Estas últimas suelen afirmar que no necesitan una formalidad en su relación, que el amor no entiende de papeles y que a ellos no les hace falta. Este rechazo suele estar relacionado con un igual rechazo por el matrimonio religioso en realidad⁽¹³⁾, no tanto el civil, y por cuestiones ideológicas o políticas. A veces, también, en personas jóvenes, por los vestigios rebeldes que conservan de su adolescencia y del rechazo al orden establecido. Otras, en fin, lo rechazan de plano por el miedo a la atadura legal, asfixiante para algunos. Lo que ocurre es que, en muchas ocasiones, esas mismas personas que han convivido sin matrimonio de por medio, cuando acaece la crisis de la pareja, desean poder reclamar derechos.

Es difícil comprender por qué personas heterosexuales u homosexuales⁽¹⁴⁾, solteras o divorciadas, que pueden contraer un matrimonio civil, y no religioso, se niegan a

(11) Citado por GINEBRA MOLINS, María Esperanza, «El matrimonio y las uniones de hecho: una aproximación desde el derecho español», en *Familia y discapacidad*, 1.ª ed., Madrid, Reus, 2010, pp. 115-116.

(12) Como una suerte de *matrimonio a prueba* o de *noviciado conyugal*. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de familia*, fascículo 1.º, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Barcelona, Bosch, 1982, p. 575.

(13) El abogado panameño ULISES PITTÍ llega a afirmar, refiriéndose a la situación legal de las uniones de hecho en Iberoamérica: «Sobre estos tópicos, debemos tener presente que con la conquista española la Iglesia pasó a jugar un papel fundamental en asuntos relacionados con el sexo, la familia, la moral y las costumbres. La Iglesia desarrolló, tanto en España como en América, sin contradicción alguna, una doctrina de severa moralización a la que hoy *obedecemos* en la forma, mas no en el fondo». También afirma: «El recurso al matrimonio es una forma de control social, para mantener conforme al cristianismo la sexualidad en su justeza; pero más modernamente, bajo una solemnidad, una forma de instalar el reino del dominio soberano en los corazones. Éstas son razones que explican, entre otras, la tesis del desconocimiento y la represión a las uniones libres», «Las uniones...», *op. cit.*, pp. 204 y 213 respectivamente.

(14) Efectivamente, a partir de la Ley 13/2005 de 1 de julio, el matrimonio es una opción también para parejas del mismo sexo. En este sentido, dice GINEBRA MOLINS que «la nueva regulación del matrimonio debería





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

hacerlo por el hecho de que la institución sienta sus raíces en una tradición claramente cristiana, cuando ya está desprendida de ello y cuando sí desean registrarse como unión de hecho y ostentar los mismos derechos⁽¹⁵⁾. ¿Por qué debe haber dos figuras llamadas de distinta manera y con las mismas consecuencias? ¿acaso terminarán redescubriendo el matrimonio aquellos que lo rechazaban?

Debe advertirse que, si bien es entendible, desde el punto de vista humano, que pasado largo tiempo de relación, por ejemplo, de hecho, uno de los miembros fallece, el que el otro quiera tener derecho a lo que hubiera tenido de haberse casado. Pero, cuando se reivindica la asimilación de las uniones de hecho con el matrimonio y su regulación para dar satisfacción a la consabida necesidad de seguridad jurídica, la unión ya no será de hecho, sino de Derecho⁽¹⁶⁾, y si se equipara en derechos y deberes/obligaciones al matrimonio, ¿por qué habremos de albergar en un mismo ordenamiento jurídico dos instituciones de idéntico contenido pero de nombre distinto?⁽¹⁷⁾

También debe tenerse en cuenta, y como primer principio ineludible, que debe entenderse que quien no contrae matrimonio es porque no quiere vincularse jurídicamente al otro, y su pareja, bien esté de acuerdo, bien no lo esté pero lo acepte dado que no rompe la unión, debe también tenerlo presente. Como dice el TS en la famosa Sentencia de 12 de septiembre de 2005: «Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio». Y no cabe, entiendo, que pudiendo haberse casado y no habiéndolo hecho, cuando acontezca la crisis de pareja, se pretendan unos derechos cuyo contrapunto eran unos deberes que no se quisieron asumir.

En esta línea dice Lacruz que el legislador no puede perder de vista la opción de los miembros de la unión de hecho, que no quieren un régimen jurídico, y por ello debe tener presente que la unión libre es querida como tal, no como un sucedáneo del matrimonio y

hacer replantear el contenido de muchas de las leyes de parejas de hecho por ahora vigentes» y pone el ejemplo de la Ley catalana 10/1998 de 15 de julio, de uniones estables de pareja que justifica tratar en capítulos independientes las uniones homosexuales y las heterosexuales, concediendo mayores efectos a las primeras, porque las heterosexuales que deciden no contraer matrimonio, teniendo acceso al mismo, lo hacen así porque quieren, sin embargo, las homosexuales carecen de otra alternativa que no sea la de constituirse en unión de hecho. «El matrimonio y las uniones de hecho: una aproximación desde el Derecho español», en *Familia y discapacidad*, 1.ª ed., Madrid, Reus, 2010, p. 120.

(15) Dice ROMERO COLOMA, refiriéndose a lo que opina al respecto Díez-PICAZO, que para este autor «resulta cuanto menos curioso que aquellas personas que tratan de buscar un sistema de vida familiar al margen de las ataduras jurídicas, terminen, sin embargo y paradójicamente, recurriendo al Derecho para realizar una serie de reclamaciones...» *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 59.

(16) LACRUZ BERDEJO dice que «si estuviera regulada la situación de los convivientes en su conjunto y en sus detalles, tal vez hubiéramos redescubierto el matrimonio, como ocurriera en Roma con el matrimonio *sine manu*», *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 286. Distingue GINEBRA MOLINS entre las uniones de hecho que se registran y regulan por alguna ley autonómica, de las auténticas parejas de hecho, que son precisamente las que queda fuera de las leyes mencionadas y que a veces también son tenidas en cuenta, puntual y aisladamente, por el legislador, «El matrimonio y las uniones de hecho...», *op. cit.*, p. 124.

(17) Dice GINEBRA MOLINS que «los límites entre una y otra figura son cada vez más difusos», «El matrimonio y las uniones de hecho...», *op. cit.*, p. 115.





LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

que no cabe institucionalizar lo que en sí no constituye una institución, no queriendo ello decir, en absoluto, que las uniones libres estén prohibidas, pero plantean problemas que resolver, dada la falta de un vínculo jurídico contractual donde, como en el matrimonio, se prevean todas sus posibles vicisitudes⁽¹⁸⁾, por lo que: «a´) la normativa que a ellas se refiera, si ha de respetar la voluntad que se supone en los convivientes, no abordará el conjunto de la relación, sino aspectos puntuales; b´) el régimen habrá de ceñirse al tipo concreto de unión, teniendo en cuenta sus peculiaridades y lo que sea justo para aquel problema específico en aquel caso singular. Lo contrario que en relación al matrimonio; y c´) lo que básicamente interesa es atender a los problemas más repetidos y acuciantes en los casos de ruptura conflictiva de la pareja»⁽¹⁹⁾.

Es sobradamente conocida la STS de 12 de septiembre de 2005, ya citada, que explica la diferenciación jurídica, en referencia a la posible aplicación de la compensación del art. 97 y por analogía a las uniones de hecho, que dice, entre otras cosas lo siguiente: «Aunque el Tribunal Supremo no es un legislador... es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio... Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por *analogía legis* de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio... ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda el derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho... Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de la *analogía iuris*, o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, no proceder de lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la *analogía iuris* como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho».

En definitiva, algo tan básico como el consentimiento como requisito indispensable para que el matrimonio nazca y despliegue sus efectos, no puede saltarse

(18) En el matrimonio, los esposos no son quienes configuran su contrato, sino que se adhieren al formulado por la ley, quedando un estrecho margen, y más referido al régimen económico matrimonial, a la voluntad de las partes, que en realidad se limita al consentimiento para acceder a la institución ya configurada, y detalladamente, por el ordenamiento. En el caso de las uniones de hecho, cada vez es más común pactar ante notario las normas bajo las que se regirá la relación, aunque no carecen estos pactos de límite alguno, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, la moral y el orden público y, sobre todo, en lo que se refiere a los hijos que, sean matrimoniales o no, gozan de los mismos derechos.

(19) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 287.



a la ligera para dar solución a un problema práctico, dado que si tan importante es para que el matrimonio surta todos sus efectos, igual importancia debe tener el que no se preste conscientemente precisamente para que no se den los efectos, no queridos, del matrimonio. Podemos llegar a afirmar, por tanto, que lo que quebranta la voluntad y la libertad de los miembros de una unión de hecho no es, pues, el no aplicarle los efectos y consecuencias del matrimonio, sino precisamente el aplicárselas⁽²⁰⁾.

Es rechazable, en mi opinión, la de quien afirma que la negativa a contraer matrimonio puede provenir por parte de uno de los miembros sólo, y no de los dos, de modo que aquel que sí desea contraerlo no puede verse perjudicado, ya que su voluntad es vedada por la del otro⁽²¹⁾. Tal argumento, paternalista, pretende proteger a aquel que voluntariamente y condecor de la decisión de su pareja transige en una situación que tendría fácil solución rompiendo la unión.

La sentencia citada fue objeto de dos votos particulares, el de O'Callaghan Muñoz y el de Ferrandiz Gabriel y Roca Trías:

- Voto particular de O'Callaghan: «La contribución de la mujer, muy prolongada en el tiempo, pues ha durado 19 años, tiene que tener una valoración económica cuando esta situación de estabilidad a la que la demandante ha contribuido eficazmente se ha roto..., lo que crea razones de justicia y equidad para indemnizar –sin que se especifique, en el Voto, el cauce a seguir para tal hacer– a la persona que se ha dedicado, en una manera más singular e intensa, a la familia, en perjuicio de su promoción personal y profesional».
- Voto particular de Ferrandiz Gabriel y Roca Trías: «Pensamos que, en ciertos casos, pueden aplicarse –a la ruptura de las uniones de hecho– reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y, más concretamente, las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre será el remedio más adecuado para solucionar el problema... Podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho, por analogía, el régimen previsto para el matrimonio en el artículo 97 del Código civil; el enriquecimiento injustificado, en cambio, requiere un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro... Por ello, discrepamos respetuosamente de la argumentación contenida en la sentencia, que podría inducir a la interpretación de que esta Sala usa como términos equiparables la compensación y el enriquecimiento injustificado».

(20) «El punto de partida estaría en el ineludible respeto al principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales, que resulta de los artículos 10.1 y 32 CE, como exigencia del libre desarrollo de la personalidad... Estas exigencias no se respetarían, si se admitiera que una de las formas de entender contraído el matrimonio fuera tácita...». GADIVIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, «Analogía entre matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales (la unión libre en la jurisprudencia)», *Aranzadi civil*, t. 11, v. 1 (2002), p. 2355.

(21) Así, dijo el TC en referencia al art. 32 CE que el derecho a contraer matrimonio no es individual, sino que requiere del consentimiento de ambos miembros de la pareja, por lo que puede ocurrir que no exista en realidad una opción de no contraer matrimonio, sino que una de las partes se vea impedida por la negativa de la otra. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guía práctica... op. cit.*, p. 35.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

Rogel critica la sentencia del TS en los siguientes términos: «lo que me parece rotundamente criticable, amén de trasnochado, de la Sentencia es la afirmación de que *la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio*, por ser contraria, ésta, al sentir manifestado por el Tribunal Supremo, y por el Constitucional también y teniendo a la vista el artículo 39 del texto constitucional, en diversas ocasiones, señaladas –valga por caso– en la Sentencia del dicho Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001, Sentencia que, por su parte, nos recuerda, muy pedagógica, que los propios emperadores cristianos se preocuparon de la aproximación del concubinato al matrimonio⁽²²⁾, concubinato que deviene, con Justiniano, una unión conyugal de inferior categoría»⁽²³⁾.

En cualquier caso, la famosa sentencia «marcó un nuevo punto de partida en la dirección que había de seguirse al respecto. Dicha sentencia fue dictada con la finalidad de fijar una línea jurisprudencial uniforme para dar solución al problema jurídico derivado de la finalización de las relaciones estables de pareja, fundamentalmente cuando no existe norma legal que determine sus consecuencias, ante la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina y también desde la jurisprudencia»⁽²⁴⁾.

Lacruz estima que el problema se centra en el art. 14 de la Constitución y en analizar hasta qué punto debe otorgarse la misma protección a la familia no matrimonial que a la matrimonial, después de afirmar que en nuestro ordenamiento no hay una *familia* digna de protección, sino *familias*⁽²⁵⁾. Cabe alegar aquí, que no se trata, ahora, de la protección a la familia, dado que, por lo que se refiere a los hijos, iguales derechos tienen sean matrimoniales o no, sino de esclarecer si los miembros de una unión libre tienen los mismos derechos y obligaciones que los cónyuges entre sí. La alusión al art. 14 de la CE debe tener también en cuenta, como es sabido, que el trato de la ley dado por igual requiere de iguales situaciones a las que deba de aplicarse, como afirman Díez-Picazo y Gullón, «el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 Const. exige la presencia de situaciones que deban considerarse iguales y no hay igualdad de supuesto de hecho entre el matrimonio, que goza en la Constitución de una garantía institucional proclamada por el artículo 32, y las demás uniones de pareja que se puedan formar»⁽²⁶⁾. Lacruz también afirma que «se va consolidando la idea de que la familia no es tanto una institución preeminente y cuyo interés deba primar

(22) Este argumento se extrae de la STS de 5 de julio de 2001, que en este sentido afirma: «Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del *concubinatus*, o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la *affectio maritalis*, si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a trocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría».

(23) ROGEL VIDE, Carlos, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Madrid, Reus, 2012, p. 49.

(24) BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, «Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005», *Aranzadi civil*, núm. 11 (marzo de 2011), p. 83.

(25) Que califica de «concepto cultural e histórico, contingente más que natural y necesario jurídicamente». LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 283.

(26) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 72.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

frente al de sus componentes, sino que, aun sin desconocer su valor, no pasa de ser (la familia) un medio y un marco idóneo, pero sólo instrumental, respecto de la persona de sus miembros y los derechos fundamentales de éstos, de forma que estos últimos son más valiosos y deben triunfar cuando entran en conflicto con los intereses del grupo (familiar)»⁽²⁷⁾.

Tal es la necesidad, comprensible, de seguridad jurídica en algunos casos, para la pareja, que es cada vez más frecuente la celebración de pactos que regulan la relación y, sobre todo, las posibles consecuencias de la ruptura de la pareja.

II. PENSIÓN O INDEMNIZACIÓN POR DESEQUILIBRIO EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Fundamental es analizar, aunque sea someramente, el derecho a la compensación al modo del art. 97 del Código Civil entre los miembros de las uniones de hecho cuando tras su ruptura existe un desequilibrio que ha afectado a uno de los miembros.

Lo que realmente viene aplicándose a las uniones de hecho desde hace tiempo, con determinados requisitos, es la compensación que establece el art. 97 del Código Civil a favor del cónyuge que queda en desequilibrio tras la separación o el divorcio cuando éstas se rompen y basándose, normalmente, en la teoría del enriquecimiento injusto⁽²⁸⁾, en un principio, y posteriormente considerando la aplicación por analogía del art. 97 del Código Civil directamente.

(27) En todos estos comentarios se apoya el autor en los argumentos de varias Sentencias del Tribunal Constitucional. De entre ellas merece la pena remarcar la STC de 11 de diciembre de 1992, que dice: «nuestra CE. no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio. (...) El sentido de esas normas constitucionales (arts. 32 y 39) no se concilia con la constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en términos restrictivos una norma del propio art. 39,1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales»; la STC de 15 de noviembre de 1990 dice que el art. 39 de la CE «no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39,1 de la CE. aquellas medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, siempre, claro es, que con ellos no se coarte no se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*»; «Los condicionamientos y límites que en virtud del principio de igualdad pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas»; No está, por tanto, en el art. 39,1 CE. la medida para apreciar la validez o invalidez de las diferenciaciones normativas en este punto, sino en el art. 14, con arreglo al que habrá de apreciar si las diferenciaciones establecidas en la norma resultan o no discriminatorias». LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 284.

(28) Sorprende, cuanto menos, que la misma teoría no sea la generalmente alegada para fundamentar la compensación del art. 97 del Código Civil en el caso del matrimonio, y que incluso sea generalmente rechazada, como antes he explicado.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

Así, la atribución de una compensación al miembro de la pareja de hecho que queda desfavorecido tras la ruptura se ha fundamentado en momentos distintos en figuras jurídicas diversas. Las líneas más destacadas son las que la fundamentan en el enriquecimiento sin causa⁽²⁹⁾, en la aplicación analógica del art. 97 del Código Civil y la responsabilidad extracontractual, entre otras. Pero, en realidad, siempre se trata de una compensación como tal y exactamente igual que la establecida en el art. 97 del Código Civil, pues, «el recurso a la figura del enriquecimiento sin causa constituye una vía para conseguir en su caso efectos similares a los previstos en los artículos 97 a 99 del CC»⁽³⁰⁾. Rechaza el TS la analogía *legis*, y se decanta por la analogía *iuris*, acudiendo a un principio general del Derecho que permita resarcir a la parte de la pareja que se considera perjudicada por la ruptura, acudiendo al enriquecimiento injusto, pero «requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica

(29) La figura del enriquecimiento injusto, así como la de la responsabilidad extracontractual (STS de 9 de abril de 1979, SAP de Zaragoza de 25 de febrero de 1991 y SAP de Asturias de 22 de junio de 1994) ha sido utilizada por la jurisprudencia para fundamentar la liquidación del patrimonio de la pareja cuando ésta se rompe, dado que es unánime la jurisprudencia en que no se puede aplicar la regulación del régimen económico matrimonial, pero existiendo en la mayoría de los casos bienes que se han adquirido *para ambos*. Aunque en este trabajo no abordaré el problema de la liquidación patrimonial, debe señalarse que, respecto de la responsabilidad extracontractual, ésta tiene muy escasa aplicación por cuanto comporta la existencia de dolo o culpa, cosa que no habrá casi nunca, y que otras figuras en que se han basado los tribunales para dar solución a este problema han sido la de la comunidad de bienes (SAP de Barcelona de 6 de junio de 1989, SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 1990, SAP de Oviedo de 21 de enero de 1992, SAP de Oviedo de 10 de abril de 1992 y SAP de Granada de 28 de junio de 1993) y la de la sociedad irregular (STS de 18 de mayo de 1992 y SAP de Granada de 4 de abril de 1990). Es de destacar lo dispuesto en Francia para el *pacto civil de solidaridad*, en el que existe una presunción *iuris tantum* de que los bienes adquiridos con posterioridad al pacto y a título oneroso pertenecen ambos por mitad, pero no como masa común, sino a la romana. En tales pactos no se deduce la existencia de un régimen económico salvo por lo que respecta al ajuar doméstico. Cfr. RAMS ALBESA, Joaquín, «Las uniones estables...», *op. cit.*, p. 114. Sobre la interpretación de la voluntad de los convivientes de haber querido hacer común el patrimonio adquirido durante la relación es muy recomendable el trabajo de PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «Relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», Derecho de Familia, núm. 35 (abril-junio de 2007), p. 32 y ss. En el citado trabajo, el autor hace un pormenorizado estudio de la interpretación jurisprudencial de la voluntad de los miembros de la unión estable. También en este sentido, es interesante el trabajo de BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, «Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho...», *op. cit.*, p. 81-99, en el que analiza seis sentencias del TS posteriores a la TST de 12 de septiembre de 2005: la STS de 22 de febrero de 2006, la STS de 10 de octubre de 2006, la STS de 8 de mayo de 2006, la STS de 30 de octubre de 2008, la STS de 4 de febrero de 2010 y la STS de 7 de julio de 2010.

En cuanto a la existencia o no de una comunidad de bienes, *vid.* STS de 6 de octubre de 2011, STS de 6 de junio de 2011, SAP de Madrid de 2 de julio de 2013, SAP de Madrid de 26 de junio de 2013, SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2013 y SAP de Murcia de 6 de noviembre de 2012.

En Iberoamérica se ha aplicado el régimen económico matrimonial a las uniones libres en países como Panamá (art. 1 de la Ley de 12 de diciembre de 1956), Cuba (art. 43 de la Constitución cubana de 1940) o Guatemala (art. 184 del Código Civil). Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 172. El autor afirma, en la p. 174, posicionándose junto con la mayoría de la doctrina española, que «aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para celebrar matrimonio».

En Estados Unidos, se aplica la doctrina de la *constructive trusts* desde el célebre caso *Marvin versus Marvin*, en el que la compañera del famoso actor LEE MARVIN le reclamaba a éste una parte de su patrimonio tras la ruptura que «trata de valorar y reconocer de alguna manera los servicios prestados durante el tiempo que duró la relación a aquella parte de la misma que pudo resultar menos favorecida con la ruptura y partición de bienes», *Ibid.*, p. 192.

(30) Cfr. PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, *Normativa sobre uniones de hecho: cuestiones candentes*, Madrid, Edisofer, 2002, p. 171.

un empeoramiento en relación con la situación anterior». Pero la Jurisprudencia reiteradamente, y el TS, tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: aumento del patrimonio del enriquecido, correlativo empobrecimiento de la otra parte, falta de causa que justifique el enriquecimiento, inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio y nexo causal entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento del otro.

En la citada reforma por parte de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, no cabe duda, pues establece literalmente una compensación (*Una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto*), y es reflejo del verdadero sentir jurisprudencial que por una cuestión de prudencia jurídica ha venido aplicando el principio de enriquecimiento injusto.

Cuando uno de los miembros de la unión queda desfavorecido porque ha sacrificado o perjudicado su carrera o su profesión para atender a su pareja e incluso a los hijos de ambos y al cuidado del hogar, tal como si se tratara de un cónyuge, al llegar la crisis de pareja no puede dejársele desamparado, siendo precisamente la crisis de la unión el momento en que se hace más precisa una regulación al respecto⁽³¹⁾, dado que, discusiones teóricas aparte, la pareja se ha guiado como un matrimonio, ha repartido las tareas y funciones de trabajo y cuidado del hogar, y aquel que queda ahora sin sustento (cuestiones de liquidación patrimonial aparte), por no poder proporcionárselo, y que ha sufrido un evidente coste de oportunidad, no puede quedarse desamparado sin más por una rigurosa aplicación del Derecho, que en absoluto haría Justicia. Dice en este sentido la SAP de Palencia de 2 de mayo de 2000 que «cuando se produce la ruptura de la convivencia *more uxorio* y existen hijos comunes se produce una problemática absolutamente similar a la de una crisis matrimonial por lo que a estos respecta, precisándose de regular tanto la titularidad y ejercicio de la patria potestad cuanto quien ostentará la guarda y custodia de los menores, el régimen de visitas sobre los mismos a favor del progenitor con quien no convivan, dónde han de residir y a quién debe atribuirse el uso de la vivienda familiar, la contribución a su alimentación y educación, etc.»⁽³²⁾.

La sentencia que sentó la base de la aplicación del enriquecimiento injusto a la indemnización que debía pagarse al miembro desfavorecido por la crisis de la unión de hecho fue la STS de 11 de diciembre de 1992, que señala: «Una reiterada doctrina jurisprudencial –de la que es muestra, como más reciente, la sentencia de 31 de marzo de 1992 – tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d)

(31) Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 209.

(32) PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, «Las uniones de hecho ante los nuevos procesos civiles», *Derecho de familia*, núm. 13 (2001), p. 27.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio⁽³³⁾. Se ha declarado también que para la operatividad del enriquecimiento injusto basta que se ocasionen unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que los apoye o advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidades en la otra parte afectada (S.^a de 6 de Febrero de 1992). En cuanto al primer requisito, ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el Sr. Daniel durante los años de convivencia con la Sra. Marcelina se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la Sra. Marcelina hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes enunciados, ya que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la Sra. Marcelina y el beneficio reportado al Sr. Daniel. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal *a quo*, porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones –en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.– en la forma que está probado lo vino realizando la Sra. Marcelina. Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa; de todo lo cual se sigue el decaimiento del motivo estudiado... Se ampara el sexto motivo del recurso en el núm. 4.º del art. 1692, en su redacción anterior a la Reforma de 30 de Abril de 1992, y el error en la apreciación de la prueba denunciado se refiere a que la Sala de instancia admitió el *empeoramiento* producido a la demandante a consecuencia de la ruptura de la convivencia estable extramatrimonial; como documentos en que se basa la equivocación imputada a dicha Sala se señalan los que reflejan adquisiciones realizadas por la Sra. Marcelina durante su convivencia extramatrimonial con el demandado así como los expresivos de los ingresos profesionales de aquélla. Ya se ha dicho que el *empeoramiento* de que se trata no es lo determinante de la indemnización y, por tanto, fundándose ésta suficientemente en cuanto se ha razonado antes en relación con el enriquecimiento sin causa, deviene irrelevante aquél, debiendo advertirse, además, que en la sentencia impugnada no se niega que los ingresos de ambas partes se incrementaran progresivamente durante los años de convivencia, hecho que no desvirtúa los presupuestos de aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto en los términos que se han expuesto. Ha de perecer, por tanto, también este motivo»⁽³⁴⁾.

García cuestiona el planteamiento de la sentencia citada, dado que, según dice, será discutible la aplicación del enriquecimiento sin causa cuando se trate, por el contrario

(33) Cabe añadir a esto como cuarto requisito el de la existencia de nexo causal entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento del otro (STS de 19 de diciembre de 1996).

(34) En este sentido también, por ejemplo, la SAP de Gerona de 15 de diciembre de 1999.



del caso contemplado en la sentencia, la colaboración de uno de los miembros en el cuidado de la casa, de los hijos, y de las relaciones sociales del otro. Y dice que «la acción de enriquecimiento sin causa en favor de uno de los miembros de la pareja de hecho sólo existirá en caso de *sobrecontribución* del mismo al régimen contributivo conjunto, si bien porque la no remuneración de su trabajo excedente redunde en provecho del patrimonio del otro, bien porque, no tratándose en puridad de un trabajo *excedente*, el otro miembro incumple aquel deber *moral* que también le incumbe»⁽³⁵⁾.

Lacruz dice que «el abandonado sólo en casos muy concretos podrá pedir resarcimiento al abandonante»⁽³⁶⁾. Y luego aclara: «parece que habría de apreciarse, igual que en la sociedad civil, el carácter intempestivo de la ruptura como causa de reparación (nunca de continuación de la convivencia). La ruptura es intempestiva cuando coloca a un conviviente que no ha dado causa para ella en estado de necesidad, como si en el marco de la vida común uno de ellos se ha consagrado exclusivamente al hogar y a la educación de los hijos, y no ha podido procurarse los ingresos precisos para su mantenimiento personal, ni tampoco la formación necesaria... Dejar a este conviviente, por el hecho de la ruptura, de la noche a la mañana, sin recursos y sin que pueda hacer frente a la nueva situación, supone un daño de cuya causación es responsable quien abandona al hogar común. Si él aceptó que la mujer, al dedicarle toda su actividad y cuidados, se pusiera en un estado de dependencia económica, parece que debe ser responsable de su mantenimiento mientras no pueda salir de ese estado (pensión de rehabilitación)»⁽³⁷⁾.

Díez-Picazo y Gullón aclaran que «en términos generales, no es discutible que, sobre todo en el momento de la liquidación de las uniones, surjan pretensiones cuya justicia parece fuera de discusión. Mas una cosa es reconocer la justicia de esas pretensiones liquidatorias y otra bien distinta institucionalizar uniones que, en la medida en que tratan de dar cauce a aspiraciones individuales, pertenecen más bien al terreno de la privacidad y la libertad individual»⁽³⁸⁾.

Por lo que respecta a lo establecido en las CCAA, cabe destacar la ya derogada Ley catalana 10/1998 de 15 de julio, que establecía –en el art. 13 para las parejas heterosexuales y en el 31 para las homosexuales–, en el art. 13 que cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto⁽³⁹⁾. La norma no dejaba lugar a dudas, pues sólo era beneficiario de dicha compensación quien haya sufrido una pérdida patrimonial cuando haya supuesto ganancia para el otro y sólo en dos casos muy concretos: cuando el que ha sufrido la pérdida se

(35) GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, pp. 212-214.

(36) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 292. Nótese que aplica la ya derogada *culpabilidad* antes aplicada en la crisis matrimonial.

(37) *Ibid.*, pp. 285-296.

(38) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV...*, *op. cit.*, p. 72.

(39) En el caso de Cataluña no cabe discusión, el legislador ha introducido la figura del enriquecimiento sin causa directamente en la Ley.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

haya dedicado al cuidado del hogar o a ayudar a otro en su profesión, recogiendo de este modo los casos más típicos en que uno de los miembros de la pareja queda desfavorecido o desamparado, pero desde luego no todos. Por otro lado, esta compensación es una indemnización, en realidad, y debía ser abonada mediante una cantidad, nunca en forma de pensión periódica⁽⁴⁰⁾. Por otro lado, el art. 14 de la citada Ley configuraba una obligación de alimentos periódicos para el caso de la ruptura de la pareja. Así, disponía el mencionado precepto que al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida.

III. DERECHO DE ALIMENTOS Y REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LOS ALIMENTOS EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Una vez clarificado lo que ha ocurrido en el plano de la compensación al romperse la unión de pareja cuando se genera un desequilibrio, cabe preguntarse si existe obligación de alimentos entre los miembros de la pareja de hecho cuando, al romperse la unión, uno de ellos queda en una situación de necesidad. La cuestión no es pacífica en la doctrina y existe además una abundante regulación autonómica al respecto que, si bien es similar, no es exactamente igual, como luego analizaré.

Debe aclararse antes, sin extendernos, que en lo que al matrimonio se refiere, existe un deber de ayuda y socorro mutuo durante la vida y convivencia del matrimonio y los cónyuges, en base al especial vínculo conyugal o matrimonial que les une, ya no de parentesco dado que no son parientes, vienen obligados, y en primer orden de prelación según el art. 144 del CC⁽⁴¹⁾, a prestarse alimentos mutuamente. Si bien, la virtualidad de este derecho recíproco se diluye en el deber enunciado por el Código Civil de ayuda y socorro mutuo⁽⁴²⁾, que podemos considerar como de mayor calado en el sentido de *ir*

(40) Cfr. BACHS ESTANY, José María, «Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes», en *Las uniones de pareja*, Consejo General del Poder Judicial Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003), p. 176.

(41) Con la matización debida si coinciden varios alimentistas, siendo uno de ellos el cónyuge y el otro un hijo sujeto a la patria potestad, aquél cede su puesto a éste, de no habiendo medios suficientes, como establece el art. 145 CC.

(42) Dice MORENO MOZO que «algunos autores han pretendido distinguir entre la ayuda mutua (art. 67 C.c.) y el socorro mutuo (art. 68 C.c.). En esta línea, señala Espín que, junto al socorro mutuo, en el que se comprende el *auxilio económico, especialmente los alimentos, e incluso el auxilio espiritual, la ayuda debe encaminarse hacia otras situaciones, como podrían ser las de asesoramiento y consejo, aceptación del mandato y de la representación que voluntariamente le confiera el otro cónyuge, en interés especial del mandante o poderdante, e incluso la gestión sin mandatos de asuntos del otro cónyuge impedido o ausente*. La mayoría de la doctrina, sin embargo, considera que son deberes idénticos, siendo redundantes, por tanto, en este aspecto los dos preceptos citados. Realmente no hay argumentos para distinguir entre ambos deberes ni tampoco, como consecuencia de esta distinción, restringir el contenido del socorro mutuo a lo meramente material», *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares, 2008, p. 41. Del mismo modo que el autor y que la mayoría de la doctrina, no encuentro diferencias, más bien, y al estar uno y otro referidos en artículos distintos, parece una distinción que



más allá del deber de proporcionarse alimentos *stricto sensu*⁽⁴³⁾ para cubrir las necesidades vitales, encuadrándolo, además, en el deber de ambos cónyuges de colaborar en el levantamiento de las cargas matrimoniales⁽⁴⁴⁾. De este modo, la situación que puede generar una concreta obligación de alimentos entre los cónyuges es la de la separación de hecho, sin ser necesario que la separación por tanto sea declarada judicialmente, pues perviviendo el vínculo matrimonial, pervive también, y como reflejo de éste, el deber de prestarse mutuamente alimentos, como manifestación del deber de socorro mutuo que es de imposible aplicación en toda su magnitud al no existir convivencia de los cónyuges. Así, estando los cónyuges separados de hecho, el que se encuentre de ellos en un estado de necesidad, podrá reclamar, del otro, alimentos⁽⁴⁵⁾. De este modo, cabe

obedece más a la retórica o al deseo de no repetir términos del Legislador, por lo que me referiré a uno u otro indistintamente. En referencia a estos deberes debe apuntarse también que ya comprendían, antes de la reforma de 8 de julio de 2005, que lo introdujo, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, que tiene en la reforma, y como dice LACRUZ BERDEJO «un significado bastante material e inspirado más en las tareas domésticas que en las responsabilidades que siempre han formado parte del deber de socorro mutuo», *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 66. En este sentido, también afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que «La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha precisado más las obligaciones de ayuda y socorro mutuos, al disponer, en la nueva reacción del artículo 68, que deberán los cónyuges *compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes de su cargo*. Es un precepto difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles. Así, no es nada clara la referencia a las responsabilidades domésticas. El artículo 1.318 habla ya de la responsabilidad de los bienes de los cónyuges respecto al levantamiento de las cargas del matrimonio, y el artículo 1.319 del poder de cada uno de ellos ara atender a las necesidades ordinarias de la familia. Por ello más bien parece que el artículo 68 en su nueva redacción se refiere a las tareas domésticas en sentido material», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV...*, *op. cit.*, p. 93.

(43) Al igual que hace MORENO MOZO, y utilizando sus palabras para explicarlo, «utilizamos en la presente obra la expresión alimentos *stricto sensu* para referirnos, en general, a la obligación alimenticia regulada en los arts. 142 y ss. C.C. y nunca, como a veces ocurre, para aludir exclusivamente a la contemplada en el art. 143-2 C.c., esto es, la más reducida que pesa recíprocamente entre los hermanos, y que, de acuerdo con la terminología tradicional, es denominada con las expresiones de alimentos naturales, restringidos, reducidos, estrictos o auxilios necesarios para la vida; y que se opone a los alimentos propiamente dichos, esto es, los existentes recíprocamente entre los cónyuges y entre los ascendientes y descendientes, denominados también alimentos civiles, amplios o extensos», *Cargas del matrimonio...*, *op. cit.*, p. 3.

(44) Citando a ROGEL VIDE, «recuerdo lo novedoso de esta obligación entre los cónyuges, que ni en el Proyecto de Código Civil de 1852, ni en las Partidas, ni en las Instituciones de Justiniano vienen previstas, por lo que parece que más bien tiene un origen francés. Lo que sí viene desde antiguo previéndose en nuestro Derecho es tanto el deber de socorro y ayuda mutua entre los cónyuges, y el de contribuir al levantamiento de las cargas», *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

(45) Aunque hoy unánimemente se comparte esta opinión (STS de 17 de junio de 1972, STS de 22 de octubre de 1985, STS de 25 de noviembre de 1985, STS de 30 de diciembre de 1986), tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, durante mucho tiempo se negó el derecho de alimentos al cónyuge separado de hecho, al tratarse de una situación sin reconocimiento legal (por ejemplo, la STS de 3 de noviembre de 1905). Poco a poco, y a partir de mitad del siglo pasado, al aumentar considerablemente también el número de separaciones, se fue abriendo paso la posibilidad de conceder alimentos al cónyuge aun no habiendo separación judicial, a pesar de insistir las sentencias al respecto en la anomalía de la situación de no convivencia y la incompatibilidad de ésta con el cumplimiento de los deberes matrimoniales. De este modo, el TS fue reconociendo poco a poco el derecho pero no ateniéndose a criterios fijos, generando una gran casuística. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ extrae una serie de conclusiones al respecto: la jurisprudencia era favorable a reconocer el derecho cuando la separación hubiese sido decidida de mutuo acuerdo (STS de 14 de enero de 1956, STS de 9 de noviembre de 1957, STS de 4 de diciembre de 1959); cuando la decisión de la separación se había tomado de manera unilateral por uno de los cónyuges, se negaba el derecho a quien hubiera provocado la separación con su conducta ilícita, teniendo

distinguir dos momentos distintos en lo que se refiere a la fijación de alimentos: uno previo a la sentencia de separación, divorcio y nulidad, que es al que nos acabamos de referir, y que será de aplicación a los tres casos, en el que se fijarán a favor del cónyuge necesitado en sede de medidas provisionales; y otro que comienza a partir de la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial. En el caso de divorcio y de nulidad, es opinión mayoritaria que es incompatible la compensación y el derecho de alimentos, pues, en primer lugar, no puede existir derecho de alimentos dado que su justificación se encuentra en el hecho matrimonial, y al extinguirse o declarar su nulidad, no pueden por tanto subsistir ya los alimentos y, en segundo lugar, el que uno de los elementos que se tiene en cuenta para determinar si ha habido desequilibrio es precisamente la existencia de la necesidad generadora de alimentos por lo que en cualquier caso se verá el derecho de alimentos contemplado ya en la posible compensación⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, la sentencia de separación no extingue el vínculo matrimonial, por lo que subsiste el deber de socorro mutuo, que durante la convivencia se concreta en el deber de aportación a las cargas del matrimonio por parte de ambos, pero que dictada la separación judicialmente se reduce al concreto deber de alimentos. De este modo, en lo que al matrimonio se refiere, existe derecho de alimentos como tal entre los cónyuges en el caso de la separación judicial, salvo que se establezca una compensación, y en la separación de hecho, mientras o no, se tramite la disolución matrimonial.

En cuanto a las uniones de hecho, la jurisprudencia se ha pronunciado, ya desde hace mucho tiempo, en diferentes sentidos, por ejemplo:

- SAP de Barcelona de 3 de noviembre de 1992, que dice que «la propia naturaleza de la unión de hecho, que se mantiene en todo momento por la sola voluntad de cada uno de los convivientes, es contradictoria con la imposición a éstos de

ese cónyuge obligación de prestarlos al otro, de modo que se tenía en cuenta más la causa de la separación que la situación de necesidad de uno de los cónyuges; si el cónyuge que de manera unilateral había abandonado la convivencia tenía una justa causa para ello, podía pedir del otro alimentos, aunque si era el esposo, tenía además que demostrar que carecía por completo de medios o que no podía trabajar en absoluto (STS de 12 de febrero de 1912, STS de 24 de octubre de 1951), favoreciendo claramente a la esposa, a la que además se le podía conceder la pensión a pesar de no encontrarse necesitada. Actualmente, ya superado el papel que la culpabilidad jugaba en los procesos matrimoniales, y estando enunciada la igualdad entre los esposos en todos los sentidos, se puede por tanto conceder el derecho de alimentos incluso al *cónyuge culpable*, aunque debe tenerse en cuenta que, como establecen los arts. 152 y 855 del CC, el cónyuge que incumple de modo grave y reiterado los deberes conyugales puede verse privado de su derecho de alimentos, *La obligación de alimentos entre parientes*, 1.ª ed., Las Rozas, Madrid, La Ley, 2002, pp. 307-310. Más recientemente, *vid.* STS de 30 de mayo de 2012.

(46) Cuando se concede una pensión por desequilibrio, estando con ella se supone cubiertas las necesidades alimenticias del cónyuge a cuyo favor se haya otorgado, no habrá derecho a los alimentos, por lo que podríamos decir que la compensación del art. 97 del Código Civil desplaza al derecho de alimentos. Si bien, debe apuntarse que algún autor sí las considera compatibles y da por teóricamente plausible y no contrario a Derecho la coexistencia de ambas en algunos supuestos. Así lo hace MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, que dice que es posible tal acumulación cuando se tenga derecho a ambas pensiones, situación que considera teóricamente posible dado que se tiene derecho a ellas por conceptos distintos: la necesidad, por un lado, y la existencia de desequilibrio, por otro. De este modo, afirma la autora que «también puede ocurrir que, fijada una determinada pensión por desequilibrio, ésta no sea suficiente para atender las necesidades del cónyuge acreedor que, al menos teóricamente, estaría legitimado para reclamar además una prestación de alimentos, siendo éste el único caso en el que pueden acumularse en favor del mismo acreedor y a cargo del mismo deudor la pensión compensatoria y la alimenticia», *La obligación de alimentos entre parientes*, La Ley, 1.ª ed., Las Rozas, Madrid, 2002, p. 333.

un genérico deber de asistencia o de darse alimentos entre sí, que les privaría de su libertad para poner fin a la unión existente de hecho».

- SAP de Zaragoza de 25 de febrero de 1991, que entre otras cosas dice que «las personas que conviven de hecho *more uxorio*, no pueden ser consideradas cónyuges a efectos legales, ni por lo tanto surge entre ellos un deber legal de alimentos, salvo pacto expreso o explícito... cuando la convivencia *more uxorio* se rompe, ninguno de los que convivieron puede reclamar al otro alimentos al amparo del art. 143 del Código civil»⁽⁴⁷⁾.

Según Rogel «parece que, mientras duren, habrá una obligación de ayuda y socorro entre los miembros de la unión, cumplida espontáneamente en la inmensa mayoría de los casos y, exigible incluso si fuera menester ante los tribunales»⁽⁴⁸⁾. Y también afirma, habiendo tratado el tema de los alimentos entre cónyuges, que debe decirse lo mismo «por analogía, respecto de las uniones de hecho que desembocan en separaciones del género, si, ulteriormente a las mismas, se desencadena la necesidad de una de las personas antes unidas»⁽⁴⁹⁾.

Para Lacruz, sin embargo, no existe tal derecho entre los miembros de la unión libre, pues sólo se da en los casos legalmente previstos⁽⁵⁰⁾. En el mismo sentido, García Rubio, que afirma que «como premisa general se puede comenzar afirmando en el estadio actual de la evolución jurídica que ninguna obligación legal de alimentos existe entre los convivientes *more uxorio*, ni constante la relación, ni una vez finalizada ésta, en forma de algún tipo de pensión, compensación o indemnización»⁽⁵¹⁾.

En este sentido también Estrada, que dice que «la obligación del matrimonio es instantánea y aceptada conscientemente, mientras que las obligaciones de los compañeros vienen a ser la consecuencia y no la causa de una vida en común. La asimilación total entre uno y otra iría en contra de la libertad individual y de la libertad de contraer matrimonio, que necesita, para que se produzcan sus efectos, el consentimiento de los futuros cónyuges»⁽⁵²⁾. Ello, además, limitaría la libertad para poner fin a la relación no matrimonial, lo que iría en contra de su esencia.

(47) Citadas ambas sentencias por GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 209.

(48) El autor también dice al respecto que las afirmaciones precedentes «chocan con la dificultad de probar, en determinados supuestos, la existencia misma de las uniones con las características apuntadas y, a mayor abundamiento, con la resistencia a equiparar éstas –vistas de manera peyorativa– al matrimonio, entendiéndolo, equivocadamente, que, al ser de hecho, no son jurídicas, cuando es evidente que, por informales que sean, jurídicas son también –como la separación o la guarda de hecho–, pues el Ordenamiento –cual sucede en los arrendamientos, valga por caso y desde antiguo– apareja efectos a las mismas». ROGEL VIDE, Carlos, *Alimentos y auxilios necesarios...*, *op. cit.*, p. 35.

(49) *Ibid.*, p. 78.

(50) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 292 y también en *cfr.* LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 583.

(51) GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 194.

(52) Estrada ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, p. 232.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

Dice Mesa al respecto que «tampoco cabe la posibilidad de aplicar a los convivientes la obligación legal de alimentos entre parientes regulada en los artículos 142 y ss. del Código Civil, pues las personas que el artículo 143 señala como sujetos de la relación obligatoria alimenticia están ligadas por su vínculo conyugal o de parentesco, y tal vínculo no existe entre las personas unidas de hecho»⁽⁵³⁾. La misma autora dice, sin embargo, también que «parece razonable admitir que en el transcurso de una convivencia extramatrimonial –similar a la que desarrollan los cónyuges–, lo normal es que cada uno de los convivientes procure el bienestar y la asistencia material necesaria al otro, pues la relación afectiva que les ha llevado a iniciar una vida en común con proyecto de futuro comporta el cumplimiento voluntario de ese deber de atención mutuo. Podría decirse que durante la convivencia existe entre la pareja una *obligación natural de alimentos*⁽⁵⁴⁾»⁽⁵⁵⁾. Dice la autora, además, que si bien la obligación natural no puede exigirse jurídicamente –judicialmente, se entiende– tampoco pueden repetirse posteriormente las cantidades, en base al artículo 1901 del Código Civil⁽⁵⁶⁾.

García cree que existe un derecho/deber mutuo de mantenimiento entre los convivientes pero que el fundamento del mismo no cabe encontrarlo en el art. 101 del Código Civil, sino que «la buena fe en el ejercicio de los derechos y la confianza recíproca generada por la convivencia, son bases suficientes para crear entre ambos miembros de la pareja el deber de mutua solidaridad en tanto dure la relación, que les obligará a contribuir uno para el otro, y ambos para sus hijos, al sostenimiento de la familia. Se tratará de un deber que, naturalmente, ha de cumplirse espontáneamente mientras continúe la convivencia, pues de no ser así lo habitual será la ruptura del grupo familiar y la desaparición de la citada solidaridad». La autora afirma también, tras decir que si bien el deber de mantenimiento no puede exigirse judicialmente, como ocurre en el

(53) MESA MARRERO, Carolina, *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3.ª ed., Cizur Menor, Navarra, Aranzadi 2006, p. 129. La autora hace referencia también a la doctrina extranjera, así: en FRANCIA, Carbonier, afirma que «no existe obligación alimenticia ni deber de socorro entre los concubinos»; en Italia, Galgano, Roppo, Bernardini y Comporti Mario; en Argentina, BOSSERT y ZANNONI.

(54) La cursiva es mía. Dice Estrada ALONSO en este sentido que «La institución de la obligación natural, que tiene sus orígenes en Roma, nació para satisfacer la posición jurídica de aquellos acreedores que se encontraban desprovistos de toda acción. En la actualidad se caracteriza porque aun reconociéndose su inexigibilidad contra el deudor, produce, sin embargo, determinados efectos jurídicos... La fundamental justificación de la obligación natural va orientada en el sentido de reconocer y valora de alguna manera una serie de deberes sociales y morales que inspirándose en principio de equidad, justicia y solidaridad, está en la mente de todos que deben de ser cumplidos, aunque los mismos no se recojan legalmente... La mayoría entiende que si el comportamiento del hombre ha sido tal como para inspirar la confianza de la mujer, de obtener un sustento material estable que vaya dirigido a compensar las consecuencias perjudiciales de la relación extramatrimonial, no puede dudarse de la existencia de un deber moral de reparación, a cargo del hombre, en el momento de la ruptura. Y si tal deber ha sido voluntariamente cumplido, no habrá posibilidad de repetición», *Las uniones extramatrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 255-258.

(55) MESA MARRERO, Carolina, *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, p. 130.

(56) El art. 1901 establece que «se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa». En este sentido también GARCÍA RUBIO que afirma que «en todo caso, a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, el cumplimiento del deber recíproco no es exigible judicialmente, aunque las prestaciones realizadas en su cumplimiento no son repetibles ni por quien las ha efectuado, ni por sus herederos», *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 206.



matrimonio, tampoco pueden repetirse las cantidades gastadas por este concepto, y que «con esta interpretación se logra una tutela seguramente insuficiente, pero al menos mínima, del miembro económicamente más débil de la relación»⁽⁵⁷⁾.

La autora aboga por la regulación de un derecho genuinamente alimenticio entre los convivientes de hecho, para lo que considera más adecuada la modificación de algunas instituciones concretas, más que la elaboración de una norma *ad hoc*. La autora, dice que habría que reformar para ello el derecho de alimentos, pero no sólo el referido en los arts. 142 y ss. del CC sino a todas las figuras que cumplen una función análoga, como la contribución a las cargas familiares o la pensión compensatoria, para lo que pone su mirada en la *De facto Relationship* australiana. La autora considera también que los alimentos fijados en este ámbito deberían ser como regla general limitados en el tiempo⁽⁵⁸⁾.

En cuanto a la normativa autonómica, cabe citar:

- Art. 11, c) de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía: «Las parejas de hecho interesadas en suscribir un documento, en el que quede reflejado el régimen económico voluntariamente pactado entre sus miembros, podrán requerir de la Administración de la Junta de Andalucía que les informe sobre los aspectos a tratar en la elaboración del mismo, especialmente con respecto a las siguientes materias: ...c) Derecho de alimentos».
- Art. 13 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, relativa a parejas estables no casadas: «Derecho de alimentos. Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas».
- Artículo 234-10 de la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia: «Prestación alimentaria: 1. Si la pareja estable se extingue en vida de los convivientes, cualquiera de los convivientes puede reclamar al otro una prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente a su sustentación, en uno de los siguientes casos: a) Si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos; b) Si tiene la guarda de hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida... 3. Si uno de los convivientes muere antes de que pase un año desde la extinción de la pareja estable, el otro, en los tres meses siguientes al fallecimiento, puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación alimentaria. La misma regla debe aplicarse si el procedimiento dirigido a reclamar la prestación alimentaria se extingue por el fallecimiento del conviviente que debería pagarla. Artículo 234-11: Pago de la prestación alimentaria: 1. La prestación alimentaria puede atribuirse en forma de capital o en forma de pensión; 2. Si no existe acuerdo, la autoridad judicial resuelve sobre la modalidad de pago de conformidad con las reglas del artículo 233-17; 3. La prestación alimentaria en forma de pensión tiene carácter temporal, con un

(57) GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 206.

(58) *Ibid.*, pp. 218-219.

máximo de tres anualidades, salvo que la prestación se fundamente en la disminución de la capacidad del acreedor de obtener ingresos derivada de la guarda de hijos comunes. En este caso, puede atribuirse mientras dure la guarda. Artículo 234-12: Extinción de la prestación alimentaria fijada en forma de pensión: La prestación alimentaria en forma de pensión se extingue de acuerdo con las reglas del artículo 233-19: Extinción del derecho a prestación compensatoria: 1. El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por las siguientes causas: a) Por mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación, o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho; b) Por matrimonio del acreedor o por convivencia marital con otra persona; c) Por el fallecimiento del acreedor; d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció; 2. El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, aunque el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital, teniendo en cuenta el importe y, si procede, la duración de la pensión, así como el activo hereditario líquido en el momento del fallecimiento del deudor».

- Art. 6 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas de Estables, de Baleares: «Derecho de alimentos. Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, y se les debe de reclamar con prioridad sobre cualquier otra obligada legalmente».
- Art. 6.2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho: como he explicado al principio, se contempla un derecho concreto de alimentos tras la ruptura distinto de la compensación y, a mi parecer, de naturaleza mixta en realidad, pues no hace depender la virtualidad del derecho de la mera necesidad, sino que además requiere que la misma tenga su causa en la ruptura.
- Art. 9 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana: «Quienes convivan en una unión de hecho formalizada tienen la obligación de prestarse alimentos en la forma y cuantía previstas en el Código Civil con preferencia a cualquier otra persona obligada a prestarlos»
- Art. 5 de la Ley 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra⁽⁵⁹⁾: Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros podrá reclamar del otro una pensión periódica, si la necesitara para atender adecuadamente su sustento en uno de los siguientes casos: si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo, le impidiera la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente; en defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin

(59) la STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), ha declarado la inconstitucionalidad, prácticamente total, de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables.

- retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.
- Artículo único de la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia: a los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.
 - Art. 7 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura: en el supuesto de que se produzca la extinción en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.
 - Art. 9 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, igualmente: en el caso de que se produzca la disolución en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambas partes integrantes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por la parte conviviente perjudicada que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para la otra parte integrante.

Aquellas normas de otras Comunidades Autónomas no mencionadas se limitan a establecer la validez de los pactos entre los miembros de las uniones en documento público y siempre que no perjudiquen a terceros ni sean contrarios a la Ley o al orden público.

En cuanto al Derecho comparado⁽⁶⁰⁾, cabe citar especialmente el caso de Alemania. A pesar de que la regulación de las uniones de hecho se sitúa en una ley especial, fuera del BGB, la regulación de la ley remite en la mayoría de los casos a las previsiones contenidas en el BGB respecto al matrimonio, y también en lo que se refiere a alimentos. Establece, entre otras cosas, que los miembros de la pareja de hecho tendrán la obligación de prestarse alimentos, remitiendo a la regulación del BGB para el matrimonio. Del mismo modo, en los casos en los que se «disuelva» la unión de hecho, la ley se remite en su totalidad a la regulación de alimentos entre los cónyuges divorciados, recogida en el BGB.

(60) La regulación es muy dispar: ante la opción más conservadora preponderante en gran parte de Europa, en algunos países de Sur América se identifica directamente la unión de hecho con el matrimonio y le adjudica todos los derechos y deberes que conciernen al segundo. En los países escandinavos, el avance en este sentido es especialmente notorio.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS TRAS LA RUPTURA EN UNIONES ESTABLES DE PAREJA...

IV. CONCLUSIÓN SOBRE LOS ALIMENTOS EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Parece obvio que carecería de sentido que quien pueda verse beneficiado de una compensación al modo de la establecida en el art. 97 CC a favor del cónyuge desfavorecido, llámese indemnización o no, básiase en el enriquecimiento injusto o en otra figura, no pueda ser detentador del derecho a reclamar alimentos a quien ha sido su pareja cuando se encuentra en una situación de necesidad, pues *qui potest plus, potest minus*⁽⁶¹⁾.

En mi opinión, y como ya he explicado, la figura del enriquecimiento injusto que viene a fundamentar el derecho del miembro de la pareja que se ve desfavorecido por la ruptura, es en realidad aplicación de la pensión compensatoria del art. 97, como así se dejó planteado en el voto particular a la STS de 2005. Por ello, y teniendo en cuenta que el estado de necesidad es una de las circunstancias que el Legislador tiene en cuenta para adjudicar la pensión en caso de divorcio o separación matrimonial, debe también poder reclamar alimentos aquel miembro de la pareja no casada que no cumpliendo con las demás circunstancias del artículo 97, y no habiendo por tanto desequilibrio, sí quede en situación de necesidad tras la ruptura y como consecuencia de ésta.

Se me ocurre que, para hacer justicia y siendo coherentes, si se admite que la unión estable, en contra o a favor de lo que opinen los miembros de la pareja, tiene ya efectos jurídicos, debe tener también, cuanto menos, los efectos jurídicos *menores* de los *mayores* que ya tiene. Así pues, también, en lo que alimentos se refiere.

De este modo, mientras dure la convivencia, existe un deber moral, con consecuencias jurídicas, de ayuda y socorro mutuos, y cuando acontece la crisis de la pareja, al igual que en el matrimonio, debe aplicarse la concesión de una pensión de alimentos, limitada en el tiempo, bien hasta que se considere que el miembro desfavorecido (el que ha sacrificado su carrera o el que se ha dedicado al cuidado del hogar y los hijos, que ha *confiado* en su situación de pareja de hecho y que ahora se encuentra sin medios para sustentarse) puede sustentarse por sí mismo, bien hasta que se dicte sentencia si ha reclamado una compensación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina De, «La situación actual de las parejas no casadas», Indret Reviata para el análisis del Derecho, núm. 3, 2015.
- BACHS ESTANY, José María, «Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes», en *Las uniones de pareja*, Consejo General del Poder Judicial Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003).
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, «Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal

(61) Quien puede lo más, puede lo menos.



- Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005», Aranzadi civil, núm. 11 (marzo de 2011).
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Relaciones económicas de las uniones estables de pareja en el derecho civil de Galicia: convivencia y ruptura», en *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1991.
- GADIVIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, «Analogía entre matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales (la unión libre en la jurisprudencia)», Aranzadi civil, t. 11, v. 1 (2002).
- GARCÍA RUBIO, María Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1995.
- GINEBRA MOLINS, María Esperanza, «El matrimonio y las uniones de hecho: una aproximación desde el Derecho español», en *Familia y discapacidad*, 1.ª ed., Madrid, Reus, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV, Familia*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín, Madrid, Dykinson, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, fascículo 1.º, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Barcelona, Bosch, 1982.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, *La obligación de alimentos entre parientes*, 1.ª ed., Las Rozas, Madrid, La Ley, 2002.
- MESA MARRERO, Carolina, *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3.ª ed., Cizur Menor, Navarra, Aranzadi 2006.
- MORENO MOZO, Fernando, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares, 2008.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «Relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», *Derecho de Familia*, núm. 35 (abril-junio de 2007).
- PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, *Normativa sobre uniones de hecho: cuestiones candentes*, Madrid, Edisofer, 2002.
- PITTÍ, Ulises, «Las uniones de hecho», en *Diez años de abogados de familia*, Asociación Española de Abogados de familia, 1.ª ed., Las Rozas (Madrid), La Ley, 2003.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Madrid, Reus, 2012.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

JUANA MARÍA GONZÁLEZ MORENO
Profesora Sustituta Interina. Universidad de Cádiz

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
- III. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y SU VINCULACIÓN CON LA VIDA, LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL Y LA SALUD EN RELACIÓN CON LAS DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES.
- IV. UNA LECTURA EN CLAVE BIOPOLÍTICA.
- V. CONCLUSIÓN.
- VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.
- VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA.

I. INTRODUCCIÓN

La ingente producción doctrinal que está ocasionando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en forma abreviada) sobre la maternidad subrogada (también denominada «gestación por sustitución», entre otros nombres que recibe)⁽¹⁾, puede dar la impresión de que la opción de las mujeres por la no re-

(1) El caso más reciente es el caso *Foulon y Bouvet c. Francia*, Demandas n.º 9063/14 y 10410/14, de 21 de julio de 2016, decidido por el TEDH en la misma línea de los casos *Menesson c. Francia* (Demanda n.º



producción no plantea ya ningún problema o ha sido resuelta adecuadamente en esta sede jurisdiccional. Sin embargo, no debe admitirse este presupuesto de antemano sin discusión.

Desde los años 70 del siglo XX, en el marco del Consejo de Europa los órganos que supervisan la aplicación del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950 (en adelante, Convenio de Roma) y sus Protocolos, la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), ahora extinta⁽²⁾, y luego el TEDH, han tenido que decidir sobre casos que tenían que ver con decisiones no reproductivas de las mujeres, en concreto, casos en que ha tenido que evaluar demandas formuladas por los varones opuestos a la decisión de las mujeres de abortar, y demandas planteadas en relación con legislaciones y prácticas restrictivas del aborto voluntario en determinados países europeos.

Y para ello, estos órganos europeos han recurrido al propio Convenio de Roma. Aunque en éste no se abordarán las cuestiones (no) reproductivas en forma explícita⁽³⁾, ha sido su art. 8, en el que se reconoce y protege el derecho a la vida privada y familiar⁽⁴⁾ el utilizado para resolver estas cuestiones, fundamentalmente siguiendo los pasos del Tribunal Supremo norteamericano, el cual en casos como *Griswold v. Connecticut*, de 1965 y *Roe v. Wade*, de 1973, esgrimió el *right to privacy* en relación con la contracepción y el aborto, respectivamente, y entendió particularmente en el caso *Roe v. Wade* que el derecho a la vida privada protegía la decisión de la mujer en el caso de querer poner término a su embarazo⁽⁵⁾.

65192/11, sentencia de 26 de junio de 2014 (JUR 2014, 176905)) y *Labassee c. Francia* (Demanda n.º 65941/11, también resuelto en sentencia de 26 de junio de 2014), dos casos que animaron la discusión doctrinal de una problemática que no podemos abordar en este lugar.

(2) La Comisión Europea de Derechos Humanos desapareció a raíz de la aprobación del Protocolo n.º 11, adoptado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994, y sus funciones de instrucción y enjuiciamiento pasaron al nuevo Tribunal.

(3) Quizás porque las cuestiones reproductivas no eran preocupantes en el momento en que se elaboró el Convenio. Con el espectro de la Segunda Guerra Mundial todavía en el aire, lo prioritario era crear un marco de derechos que sirviera para evitar una nueva guerra mundial. El Convenio de Roma reconocía, en consecuencia, una serie de derechos, fundamentalmente civiles y políticos, que son los que, según RASK, se consideraron que había que proteger primeramente antes de desarrollar la democracia social (RASK, 2005: 137).

(4) Los términos de este precepto son los siguientes: Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

(5) Otro tema es la evolución que el derecho a la vida privada ha tenido tanto en la jurisprudencia norteamericana como en la jurisprudencia europea, y el sentido que en ellas tiene la noción de *privacy* o de «vida privada». Así, mientras en el caso *Griswold*, el Tribunal Supremo pretendía, con su decisión, poner freno a las leyes de control de natalidad, defendiendo que la relación marital como esfera de intimidad pesa más que cualquier interés estatal legítimo en evitar la inmoralidad sexual, en *Roe vs. Wade* se quiso extender la esfera de la intimidad, entendiendo que la misma abarca decisiones relativas tanto al aborto como a la contracepción (SHAPIRO, 2008: 453). Lo que ha incentivado el debate en la doctrina norteamericana en torno a si por *privacy* se debe entender la esfera de la intimidad o más bien la toma de decisiones en forma autónoma.



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

Sin embargo, esta aplicación del derecho a la vida privada al ámbito reproductivo en la jurisprudencia europea –que sigue siendo la pauta, porque aún no hay un instrumento vinculante sobre estos temas en el marco del Consejo de Europa⁽⁶⁾– quizás no constituya una apuesta del TEDH por la autonomía reproductiva de las mujeres. Habría que preguntarse si este Tribunal tiene en cuenta la especificidad que el ejercicio de las capacidades reproductivas reviste para las mujeres, una especificidad que no es simplemente biológica sino cultural, construida⁽⁷⁾ y que, por tanto, al mismo tiempo que resulta difícil de comprender desde el esquema de la igualdad entre hombres y mujeres que sigue predominantemente el TEDH⁽⁸⁾, no es reductible a términos puramente biológicos.

¿Es posible dar cuenta de nuestra especificidad en el ámbito de la reproducción sin recaer en los extremos de la igualación o de la biologización? Más aún: ¿puede el Derecho captar la diferencia en el ámbito de la reproducción? El Derecho en Occidente fue un instrumento clave de control de la sexualidad de las mujeres, con el fin de asegurar la procreación. De ahí la faz violenta con que se ha mostrado a las mujeres a lo largo de la historia, sancionando las conductas que ponían en entredicho la reproducción de la vida humana (aborto voluntario, utilización de anticonceptivos.....).

Y en la actualidad, además de que en muchos ordenamientos jurídicos se mantiene la sanción como norma general en relación con la mayor parte de las conductas no reproductivas de las mujeres, hay que tener presente que el Derecho no es sólo un orden coactivo sino también un discurso constructor de realidad, como ha puesto de manifiesto la filosofía postestructuralista (Foucault, 2009a [1979]; Bourdieu, 1988) y tras ella, la doctrina feminista.

El Derecho es, ante todo un lenguaje, un discurso, y en cuanto tal, su actuación es compleja. En concreto, por lo que se refiere a las mujeres, como manifiesta Carol Smart,

(6) Aunque el orden europeo se haya hecho eco de los desarrollos internacionales en torno a los derechos sexuales y reproductivos, que se entienden «codificados» en las Conferencias Mundiales de Población y Desarrollo de El Cairo (1994) y sobre la Mujer, de Beijing (1995) - por ejemplo, acogiendo nomenclaturas como «el derecho intangible de adoptar decisiones sobre el propio cuerpo, incluidas las cuestiones sexuales y reproductivas, «el derecho al acceso a un aborto seguro y legal», «el derecho a la salud que incluye las cuestiones sexuales y reproductivas, salud sexual y reproductiva», entre otras -, estos ecos, por el momento, sólo figuran en recomendaciones y resoluciones de organismos del Consejo de Europa.

(7) Las mujeres han sido quienes tradicionalmente han cargado con el peso de la reproducción (biológica y también social) asumiendo solas el embarazo y el cuidado del recién nacido, y han sido ellas quienes también tradicionalmente han sido el objeto en el que se han concentrado los distintos controles (paterno, social, legislativo). *Vid.* entre otros/as autores/as: Foucault, 2003 [1975-1976], DE BEAUVOIR, 2013 [1949]:199; COHEN, 1997; PITCH, 2003.

(8) El TEDH ha tendido a que el principio de igualdad, contemplado de manera formal en el Convenio de Roma, se proyecte hacia la igualdad real entre hombres y mujeres. A este respecto, ha ido precisando el concepto de discriminación, que es el que delimita el de igualdad; ha entendido que el Convenio de Roma no prohíbe toda diferencia de trato sino aquella que carece de justificación objetiva, cuando sus efectos no son compatibles con la naturaleza de las sociedades democráticas y cuando no existe proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin buscado (test de la igualdad), e incluso se ha referido a la necesidad de dar un tratamiento diferente a lo diferente, para tener en cuenta la situación social diferente e inferior en que se encuentran algunas personas. Sin embargo, en lo que respecta a la diferencia que caracteriza a las mujeres en el ámbito de la reproducción, en general, el TEDH no sale del marco de la igualdad formal, abstracta, pretendidamente neutra, como lo atestigua su tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral (*vid.* GONZÁLEZ, 2013).





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

el Derecho sirve para ocultar las desigualdades que caracterizan al orden social patriarcal y, a la vez, para reproducir parcialmente este orden (Smart, 1994; 2000). Produce identidades generizadas, esas identidades fijas pero que son desiguales y discriminatorias para las mujeres (la Mujer, en general, y en particular, la Prostituta, la Criminal, la Mala (o Buena) Madre, etc. (Pitch, 2003 [1998]: 257).

Una producción de identidades se realiza a través de toda la «cadena del Derecho», hasta llegar a la aplicación de la ley, como subrayan, siguiendo la terminología utilizada por Ronald Dworkin, Coline Cardy y Anne-Marie Devreux (2014:14, 23). La aplicación del Derecho por la jurisprudencia –que no está desligada de los momentos de la interpretación y de la producción de las normas–, es un proceso no neutral, propicio para el desenvolvimiento –e incluso la propia construcción– de los prejuicios y estereotipos sobre mujeres y hombres.

Por todo ello, el examen de la jurisprudencia del TEDH y, en concreto, del tratamiento dado en ella a las decisiones no reproductivas de las mujeres nos parece una labor todavía necesaria. Sobre todo, si tenemos en cuenta la fuerza institucional de esta jurisprudencia⁽⁹⁾, y que la misma suele ser utilizada como un argumento persuasivo por parte de otras jurisprudencias e incluso como un referente o ideal de justicia (Frydman, 2007).

II. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La vida privada constituye una de las dimensiones garantizadas por el artículo 8 del Convenio de Roma – junto con la vida familiar, el domicilio y la correspondencia–, un precepto que ha ido expandiendo gradualmente su alcance, en buena medida de la mano de la jurisprudencia del TEDH, ya que al no precisarse de antemano en aquél qué significaba la «vida privada», ha sido el Tribunal Europeo el que ha tenido que proceder a su interpretación, no fijando de una vez reglas precisas sino caso por caso.

La adopción de esta postura es la que le habría permitido tener en cuenta la evolución social, jurídica y tecnológica de los distintos países miembros del Consejo de Europa (Kilkelly, 2003: 9; Roagna, 2012: 12), pero también ha creado dificultades a los/as juristas, a los que les resulta muy difícil definir de forma precisa el contenido del derecho a la vida privada (Roagna, 2012: 12).

El TEDH ha dicho que la noción «vida privada» es una noción amplia y que no se presta a una definición exhaustiva; que, en todo caso, sería más amplia que la noción de intimidad (*privacy*); y que engloba una esfera en la que toda persona puede construir

(9) Las sentencias del TEDH en relación a demandas individuales tienen fuerza vinculante (DÍEZ DE VELASCO, 2009: 690-692, 955) y, además, la interpretación que en ellas hace el TEDH de los derechos contenidos en el Convenio de Roma vincula a nuestros tribunales ex art. 10, 2 de la CE. Como recalca Ruíz Miguel, la Constitución y el Tribunal Constitucional (españoles) sólo están vinculados, conforme a este precepto de nuestra Constitución, a la interpretación hecha del Convenio por el TEDH. Una interpretación que, en el caso del art. 8, puede enriquecer la protección del derecho a la intimidad contemplando en nuestro orden constitucional (art. 18 de la CE) ya que ambos preceptos no tendrían un objeto idéntico (RUÍZ MIGUEL, 1992: 141).





DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

libremente su personalidad y disfrutar en sus relaciones con otras personas y con el mundo exterior (Roagna, 2012: 12; Farnós, 2016: 96).

Y según esto, el sentido de la «vida privada» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo estaría más vinculado al libre desarrollo de la personalidad que al concepto de intimidad, como reconoce Matia (2011: 180). De hecho, en el devenir de su jurisprudencia ha llegado a incluir –al menos en el plano discursivo– el derecho a la autodeterminación personal en el concepto de «vida privada», y a expresar que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías del art. 8⁽¹⁰⁾.

Esta noción de «vida privada» la ha ido aplicando a lo largo del tiempo, a situaciones muy diversas, como el derecho al nombre, la protección de la imagen o de la reputación, el conocimiento de los orígenes familiares, la integridad física y psicológica, la identidad sexual y social, la vida y la orientación sexuales, un medio ambiente saludable, la autodeterminación y la autonomía de la persona, el secreto de las conversaciones telefónicas (Roagna, 2012: 14), entre otras.

Por otra parte, el TEDH ha entendido que el derecho a la vida privada no es sólo un derecho negativo o de defensa que tiene como fin proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en la vida privada y familiar, sino un derecho que, además, tiene una vertiente positiva, en el sentido de que comporta obligaciones positivas que el Estado debe cumplir para asegurar un respeto efectivo de la vida privada o familiar⁽¹¹⁾. Una interpretación que habría posibilitado la abstracción del término «respeto» contenido en el art. 8 del Convenio (Roagna, 2012:68), si bien se trata de una interpretación que el TEDH también ha hecho en relación a otros derechos – como sería el caso de derecho a la vida (art. 2 del Convenio de Roma) o de la prohibición de la tortura (art. 3 del Convenio de Roma –, en sintonía con lo que parece ser la actual tendencia en el Derecho Internacional (de cooperación)⁽¹²⁾.

(10) En concreto, en el caso *Pretty c. Reino Unido*, en el que el Tribunal Europeo incluye el derecho a la autodeterminación en el art. 8 del Convenio de Roma y no así en el art. 2 del mismo (derecho a la vida) pues estima que no se puede interpretar, sin distorsión del lenguaje, que este último precepto confiere un derecho a morir ni tampoco que puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida (*vid.* los párrafos 39 *in fine* y 61 de la sentencia del TEDH en este caso). No obstante, aunque el Tribunal reconoce que en el caso concreto se ha producido una vulneración del derecho a la vida privada al impedir por ley a la demandante la elección de evitar un final indigno y penoso (párrafos 67), el ataque a este derecho sería conforme a las exigencias del art. 8.2 del Convenio («la naturaleza general de la prohibición del suicidio asistido no es desproporcionada», párrafo 76, y «la injerencia enjuiciada puede considerarse justificada» y «necesaria en una sociedad democrática» para la protección de los derechos de los demás», párrafo 78), concluyendo finalmente que no ha habido una violación del art. 8 del Convenio.

(11) Y así lo acepta buena parte de la doctrina: que el derecho a la vida privada en la jurisprudencia del TEDH tiene varias vertientes: es un derecho de defensa, un derecho de tipo positivo, de prestación, y, además, tendría una dimensión institucional. *Vid.* por todos/as: RUFZ MIGUEL, 1992: 110-113.

(12) Para algunos/as autores/as, se tiende a la proliferación de obligaciones de comportamiento, frente al período clásico donde predominaban las obligaciones de resultado. Estas obligaciones de comportamiento pueden ser vagas o con gran flexibilidad («hacer todo lo posible»), y su cumplimiento depende en buena medida de la buena fe (*vid.* Mazuelos, 2004: 35).



En todo caso, la esfera de protección del art. 8 se ha hecho cada vez más compleja con el desarrollo de la jurisprudencia y se extiende a la obligación de los Estados de asegurar una protección contra los riesgos inherentes a las relaciones de los individuos entre sí, no sólo en las relaciones que se establecen entre los individuos y el Estado (Roagna, 2012: 68). Por otra parte, el surgimiento de las obligaciones exigibles para garantizar el respeto del derecho a la vida privada no es algo que esté contemplado de forma genérica sino que depende de las circunstancias (Kilkelly, 2003: 21), circunstancias que están sujetas a un amplio margen de apreciación del Estado.

En esta expansión del derecho a la vida privada, tanto desde el punto de vista sustantivo (ampliación del concepto de vida privada como manifestación de la libertad), como desde el punto de vista procedimental (en cuanto a las obligaciones positivas que se precisa cumplir para garantizarlo), se inscribe su aplicación a cuestiones no reproductivas, habilitada en buena medida por la indefinición de la noción de «vida privada» en el art. 8 del Convenio de Roma o, como expresa Rey, por la propia *vis expansiva* del derecho a la vida privada⁽¹³⁾. Una aplicación que comenzó en los años 70 del siglo XX, en una serie de casos en que la CEDH tuvo que decidir sobre la cuestión del aborto, y en los que su posición fue evolucionando, pasando de negar, inicialmente, que la prohibición del aborto afectara al derecho a la vida privada de las mujeres, a afirmar en casos posteriores que la decisión de procrear o no procrear de las mujeres formaba parte de su derecho a la vida privada⁽¹⁴⁾.

Y el TEDH ha seguido en esta línea, al considerar que en los casos en que no se respetan –o se obstaculizan– las decisiones de no procrear (de hombres y de mujeres), se vulnera su derecho a la vida privada. En sus sentencias sobre estas cuestiones, retoma lo dicho en su jurisprudencia sobre el derecho a la vida privada, recordando cómo la noción de «vida privada» contenida en el art. 8 del Convenio de Roma es una noción amplia que abarca, entre otros elementos, el derecho a la autonomía personal y el derecho al desarrollo personal (caso *Pretty*, párrafo 61), y el derecho al respeto de las decisiones de procrear o de no procrear, fundamentalmente en el sentido genético del término (según lo decidido en el caso *Evans*, párrafo 71 de su sentencia)⁽¹⁵⁾.

La pauta general en la jurisprudencia del TEDH es, por tanto, la de que el derecho a la vida privada, en el que se incardinan las decisiones reproductivas y no reproductivas de las personas, llevaría implícito un elemento o valor de libertad. Y de las dos acepciones de «vida privada» que precisamente han sido objeto de discusión a propósito de las decisiones no reproductivas de las mujeres, esto es, la acepción de la «vida privada» como esfera de lo íntimo, y la acepción de la «vida privada» como libertad, como libre desarrollo de la personalidad⁽¹⁶⁾, el TEDH estaría más bien del lado de esta última.

(13) REY alude a la *vis expansiva* del derecho a la vida privada como fuente de creación de nuevos derechos de nuevas dimensiones de otros derechos ya reconocidos (*vid. REY*, 2011: 294).

(14) *Vid.* su Informe *Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana*, y sus decisiones en los casos *Paton c. Reino Unido*, *X c. Reino Unido*, y *H c. Noruega*. También un análisis de los mismos en: GONZÁLEZ, 2011: 32-35.

(15) Puede leerse en este sentido el párrafo 212 de la sentencia del TEDH en el caso *A, B y C c. Irlanda*, o el párrafo 71 de su sentencia en el caso *Evans c. Reino Unido*.

(16) En concreto, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Roe vs. Wade*, ya que mientras para CATHERINE MACKINNON en la sentencia de este caso el derecho a la vida privada



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

Ahora bien, aun así, no está claro que la autonomía de las mujeres en el ámbito de la reproducción esté incluida, sin más, en torno al derecho a la vida privada. Para algunos/as autores/as como Rey, la decisión de la mujer embarazada, al menos parcialmente, ya está protegida por el derecho al respeto de la vida privada, art. 8 del Convenio, y la *vis expansiva* del derecho a la vida privada podría redundar en que el TEDH acabe diciendo que el aborto es un derecho que se ubica en la penumbra del respeto a la vida privada (Rey, 2011: 294).

No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo la inclusión expresa de la decisión de procrear y de no procrear (de las personas en general) en el derecho a la vida privada, va de la mano de otra serie de consideraciones cuando se trata de aplicar este derecho a las decisiones no reproductivas de las mujeres y, en particular, a la hora de determinar si los Estados cumplieron o no con las obligaciones positivas que se desprenden de dicho derecho, como vamos a ver en el siguiente epígrafe. Lo que nos hace dudar sobre qué decisiones no reproductivas de las mujeres sean las realmente incardinadas en el derecho a la vida privada.

III. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y SU VINCULACIÓN CON LA VIDA, LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL Y LA SALUD EN RELACIÓN CON LAS DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

Una primera pauta que puede apreciarse en la jurisprudencia del TEDH en relación con los casos que se le han presentado a este Tribunal sobre decisiones no reproductivas (sobre todo con motivo de demandas en relación con legislaciones y prácticas que restringen el acceso al aborto legal) es que la evaluación por parte del TEDH de si los límites establecidos por los Estados al derecho a la vida privada – derecho que proporcionaría fundamentalmente una «protección procedimental»⁽¹⁷⁾–, caen dentro de su margen de apreciación y han valorado de manera equilibrada los intereses privados y públicos concurrentes o los diferentes derechos protegidos por el Convenio de Roma, se ha traducido fundamentalmente en una evaluación del balance entre la vida en formación y los derechos de las mujeres, balance que subyace a la forma de regulación del aborto adoptada por los Estados demandados, el sistema de excepciones a la punibilidad del aborto (o indicaciones), principalmente por motivos terapéuticos, eugenésicos y éticos.

en materia de procreación es entendido como intimidad, con lo que se preserva un ámbito en el que el Estado no interviene, se excluyen las prestaciones para el aborto del ámbito de los servicios públicos, y, en definitiva, se reafirma y refuerza la división público/privado (MACKINNON, 1995 [1989]: 241), para RONALD DWORKIN el sentido dado a dicho derecho sería el de soberanía en la toma de decisiones (DWORKIN, 1994: 74). Para COHEN, sin embargo, ambas acepciones serían concurrentes (*vid.* COHEN, 1997).

(17) El derecho a la vida privada proporciona una «protección procedimental», a partir de las garantías que se derivan del art. 8 del Convenio de Roma (REY, 2011: 302), en concreto de su párrafo 2, en el que se establecen los requisitos que deben cumplirse en caso de injerencias en el derecho a la vida privada: deben hallarse previstas por la ley y constituir medidas que, en una sociedad democrática, sean necesarias para garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico de país, la defensa del orden y la prevención de delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Y, como apunta ROAGNA, dado que la proporcionalidad sería es un componente de la exigencia de necesidad, toda injerencia en el goce de los derechos protegidos por el art. 8 debe ser puesta en balance en este plano (ROAGNA, 2012: 52).



Sin embargo, aunque en este balance entran en consideración los derechos de las mujeres, no figura entre éstos el derecho a la vida privada. El TEDH evalúa –y admite– el balance de intereses (que realizan las instancias nacionales demandadas) entre, por un lado, los intereses del feto (su derecho a la vida o el valor «vida») y, por otro lado, los derechos a la vida, a la integridad física o psicológica o a la salud, de las mujeres, o los valores vida, integridad física y salud (como ocurre en los casos *Boso c. Italia*, *Tysiack c. Polonia*, *A, B y C. c. Irlanda*, *R.R c. Polonia*) o su derecho a la información (casos *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda*⁽¹⁸⁾; y *Women on Waves et autres c. Portugal*⁽¹⁹⁾).

Lo puesto realmente en uno de los extremos del balance no es el derecho a la vida privada de las mujeres (en el ámbito reproductivo) sino sus derechos a la vida, a la integridad física o moral o a la salud, o su derecho a la información, que son los derechos que se estiman vulnerados. De modo que la decisión no reproductiva de las mujeres no es lo valorado, es sólo el marco, el enclave de los supuestos.

Con todo, el TEDH, en sus sentencias sobre estos supuestos, establece una vinculación entre el derecho a la vida privada (en relación con las decisiones no reproductivas), de una parte y, de otra, los derechos a la vida, a la integridad física y moral y el derecho a la salud (o los valores vida, integridad física y salud), que es la segunda pauta que queremos resaltar.

Así, en el caso *Boso c. Italia*, son consideraciones sobre la salud física y psíquica de la madre, tenidas en cuenta por la legislación italiana, las que hacen que, practicado el aborto conforme a dicha legislación para salvar la salud de la madre, se dé prevalencia al derecho a la vida privada de la madre sobre el derecho a la vida privada del varón, estimando que la injerencia en el derecho de este último está justificada por ser necesaria para la protección del derecho de la primera⁽²⁰⁾.

Pero, sobre todo, el TEDH establece la vinculación mencionada cuando estima que en los casos en que se restringe el acceso a la práctica del aborto en supuestos en que éste está legalmente admitido, que son la mayoría de los casos planteados ante el

(18) En este caso, el TEDH estima que la prohibición de divulgar informaciones sobre las posibilidades de abortar fuera de Irlanda impuesta por las jurisdicciones irlandesas a las asociaciones demandantes, prohibición de carácter definitivo, constituía una restricción excesiva a la libertad de información (que tienen las mujeres) sobre las clínicas de aborto existentes, teniendo en cuenta el fin perseguido, la protección de la moral, en realidad, ámbito en el cual el Tribunal no podría admitir, en beneficio de un Estado, un poder discrecional absoluto y no susceptible de control (párrafo 71).

(19) Caso suscitado a propósito de la prohibición absoluta de entrada en aguas interiores portuguesas dispuesta por el gobierno portugués a un barco abortista holandés, prohibición que había impedido que los/as demandantes expresaran sus ideas u opinión, y que el TEDH considera que constituye una restricción desproporcionada y, en consecuencia, una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. De hecho, no sólo la prohibición de entrada sino el mismo envío de un buque de guerra contra el navío (civil) constituiría, para el Tribunal, una medida desproporcionada que no se adecuaría a una necesidad imperiosa, en el marco de una sociedad democrática (párrafos 43-44 de la sentencia).

(20) *Vid.* en concreto, el Fundamento de Derecho n.º 2 de la Decisión del TEDH. En el caso, que trata sobre la demanda de un varón que quería impedir que la mujer abortara, el Tribunal Europeo estima que la ley aplicable, que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la salud de la madre, proporcionaba un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de asegurar la protección del feto (Fundamento de Derecho n.º 1, penúltimo párrafo de la Decisión).



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

Tribunal Europeo, se produce, además de un trato degradante prohibido por el art. 3 del Convenio de Roma –como ocurre en algunos casos⁽²¹⁾–, una vulneración del derecho a la vida privada, ya que con la restricción en la práctica del acceso al aborto, se afecta o se pone en riesgo la vida, la integridad corporal o la salud de la mujer embarazada.

Es lo que se percibe en el caso *Tysiatic c. Polonia*, en que el TEDH estimó que se vulneró el derecho a la vida privada de la mujer porque la salud de la mujer embarazada, la Sra. Tysiatic, se vio afectada efectivamente por la negativa a interrumpir el embarazo en un supuesto en que el aborto era legal, pues la Sra. Tysiatic perdió la visión tras el parto, como se temía⁽²²⁾.

Y también en el caso *A., B. y C. c. Irlanda*, en el que el TEDH vincula el derecho a la vida privada (de la tercera demandante) con la vida cuando considera que de dicho derecho forma parte la posibilidad de establecer si el embarazo hace correr a la embarazada un riesgo para su vida⁽²³⁾, algo que no pudo hacer y, en consecuencia, no pudo establecer si tenía el acceso al aborto reconocido en la Constitución de Irlanda en el supuesto de riesgo severo para la vida de la madre de continuar con el embarazo.

Asimismo, puede citarse el caso *P. y S. c. Polonia*, en el que es el daño causado a la demandante (en concreto, la angustia, ansiedad y sufrimiento que supusieron para ella los esfuerzos para obtener el acceso al aborto, pues no se le proporcionó información veraz sobre las condiciones para la disponibilidad de un aborto legal y los procedimientos a seguir) el motivo fundamental que lleva al Tribunal a concluir que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de garantizar el derecho efectivo a la vida privada⁽²⁴⁾, aparte de estimar que en el caso concreto, el trato dado a la demandante alcanzó el nivel de gravedad exigido para estimar que se había vulnerado también el art. 3 del Convenio de Roma (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes⁽²⁵⁾).

(21) Así en el caso *R.R. c. Polonia*, en que se obstruye el acceso a un aborto eugenésico. El TEDH consideró que se había producido una vulneración de los artículos 3 (trato degradante) y 8 (derecho a la vida privada) del Convenio de Roma. En el caso de este segundo derecho, porque el Estado no habría cumplido con la obligación positiva de proteger el derecho de la interesada al respeto de su vida privada por no asegurar el acceso a un examen genético y, en consecuencia, el recurso eventual a un aborto. El Tribunal Europeo entiende que se ha vulnerado el derecho a la vida privada de la demandante porque se vulnera o limita otro derecho que es el derecho al acceso a las informaciones de salud, en el caso concreto sobre el estado de salud de la mujer embarazada - al que está vinculado el estado de salud del feto (párrafos 208, 209 de la sentencia).

(22) Pese a estar contemplado en la legislación polaca el aborto legal en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer, el responsable de la clínica no quiso poner fin al embarazo y la demandante perdió la vista con posterioridad al parto. El TEDH consideró que el Estado polaco no cumplió la obligación positiva de garantizar el respeto del derecho a la integridad física y psicológica de la mujer embarazada porque las posibilidades reales de acceso al aborto legal estaban limitadas (*vid.* el párrafo 107 de la sentencia).

(23) *Vid.* el párrafo 250 de la sentencia. No habían existido procedimientos efectivos y accesibles que hubieran permitido a la demandante establecer si tenía el acceso al aborto reconocido en la Constitución de Irlanda en el supuesto de riesgo severo para la vida de la madre de continuar con el embarazo (art. 40.3.3.). De manera que el Estado había incumplido las obligaciones positivas que se desprenden del derecho a la vida privada (*vid.* los párrafos 254 y 267 de la sentencia).

(24) Caso suscitado a propósito de la denegación del acceso al aborto a una menor que había quedado embarazada como resultado de una violación. *Vid.* los párrafos 96, 110 y 111 de la sentencia del TEDH en este caso.

(25) *Vid.* el párrafo 168 de la sentencia.



Y el TEDH ratifica la vinculación del derecho a la vida privada (en relación con las decisiones no reproductivas) con los derechos a la vida, a la integridad física y moral y el derecho a la salud o con los valores vida, integridad física y salud cuando aborda el tema de las obligaciones que tienen los Estados que cumplir para garantizar el derecho a la vida privada. Así cuando expresa que dichas obligaciones serían las obligaciones positivas de proteger la vida y la salud, procurando los medios para que realmente el aborto sea accesible en los supuestos en que está despenalizado legalmente (*vid.* los casos *Tysiatic c. Polonia, A, B y C. c. Irlanda, R.R c. Polonia*). O cuando llega a afirmar, en sentido inverso, que de la obligación positiva que tienen los Estados de proteger la integridad física y moral se deriva la aplicación de un procedimiento (o medida) efectivo y accesible para proteger el derecho al respeto de la vida privada, como hace en los casos *R. R. c. Polonia* ⁽²⁶⁾ y *P. y S. c. Polonia* ⁽²⁷⁾.

De manera que las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida privada son obligaciones de protección de la vida y la salud (e incluso el Tribunal Europeo llega a derivar expresamente esas obligaciones no del derecho a la vida privada sino del derecho a la integridad física) y es el incumplimiento de estas obligaciones el que desencadena la vulneración del derecho a la vida privada.

En la jurisprudencia del TEDH, por tanto, la afectación o puesta en riesgo de la vida, la integridad física y moral o la salud y su no aseguramiento por parte de los Estados parecen ser una especie de condición para apreciar una vulneración del derecho a la vida privada en los casos en que son decisiones no reproductivas de las mujeres las que están en juego ⁽²⁸⁾. Pues sólo cuando se ha dado esa afectación o puesta en riesgo por incumplimiento de las obligaciones estatales, el Tribunal ha estimado que se ha vulnerado el derecho a la vida privada.

Pero el TEDH no llega a declarar que la prohibición del aborto voluntario en determinados países sea contraria al Convenio de Roma, ni llega a afirmar la necesidad de que los Estados flexibilicen sus legislaciones o que permitan el aborto, y ello pese a reconocer que «existe un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la autorización del aborto» ⁽²⁹⁾. Respecto al aborto, suele excluirlo de entrada, en sus argumentaciones, como derecho que esté incluido del derecho a la vida privada ⁽³⁰⁾.

(26) *Vid.* el párrafo 185 de la sentencia.

(27) *Vid.* el párrafo 97 de la sentencia.

(28) Son algo más que elementos o ingredientes de la vida privada, como se ha llegado a decir, en algún caso, por ejemplo, en relación con la integridad física y moral de la persona (*vid.* el caso *X e Y c. Países Bajos*, párrafo 11, y en cuanto a doctrina: ROAGNA, 2012: 69; KILKELLY, 2003:14; RUÍZ MIGUEL, 1992: 91).

(29) Exactamente, el TEDH reconoce que «existe un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permisón del aborto y que la mayoría de las Partes Contratantes han resuelto en su legislación los derechos contrapuestos del feto y la madre a favor de un mayor acceso al aborto». *Vid.* su sentencia en el caso *P. y S. c. Polonia*, párrafo 97, siguiendo lo dicho en su sentencia en el caso *A, B y C c. Irlanda*, párrafos 235 y 237, y también su sentencia en el caso *R.R. c. Polonia*, párrafo 186.

(30) El TEDH ha querido dejar claro que la comprensión de la decisión de no procrear en el derecho a la vida privada y familiar no debe interpretarse como un derecho al aborto. *Vid.* las sentencias del TEDH en los casos *Tysiatic c. Polonia* (así en su párrafo 104, en el que el Tribunal afirma que no le incumbe en el caso analizar



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

Una tercera pauta en la jurisprudencia de este Tribunal tiene que ver con el concepto de vida privada en que se sustentaría el derecho a la vida privada en relación con el ámbito reproductivo. En concreto, lo que puede notarse es cómo la vida privada de la mujer es vinculada –o mejor dicho, se considera que de ella forma parte– la vida o salud del feto (como se dice en el caso *Tysiac c. Polonia*⁽³¹⁾, retomando el parecer ya manifestado por la CEDH en su Informe *Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana*, en el caso *Vo c. Francia*, o en los casos *A, B y C c. Irlanda*⁽³²⁾ y *R.R. c. Polonia*⁽³³⁾, y también cómo se atribuye a la vida privada expresamente el significado de integridad física y psicológica (caso *Tysiac c. Polonia*) e incluso el de salud reproductiva (caso *V.C. c. Eslovaquia*)⁽³⁴⁾.

Sólo en algunos casos se asigna al derecho a la vida privada de las mujeres el significado de derecho a la autonomía personal y se hacen referencias expresas a la autonomía de las mujeres. Así, en el caso *R.R. c. Polonia*, se alude a la «autonomía personal de la mujer embarazada, en vista de tomar una decisión sobre la continuación del embarazo –en el marco del supuesto legalmente contemplado de malformación grave e irreversible o de una enfermedad incurable potencialmente mortal–»⁽³⁵⁾. Y en el caso *P. y S. c. Polonia*, se menciona «el derecho de la menor a tomar decisiones sobre las opciones reproductivas»⁽³⁶⁾. Sin embargo, se trata de casos en los que el derecho a la vida privada en el ámbito reproductivo no es lo realmente ponderado ni protegido, como ya expresamos más arriba. Por otra parte, los términos recogidos, escuetos y cuidadosos en no mencionar expresamente la opción no reproductiva, no permiten precisar qué concepto de autonomía se estaría sosteniendo en relación con el ámbito reproductivo.

si el Convenio de Roma garantiza un derecho al aborto), y en forma expresa en el caso *P. y S. c. Polonia* (párrafo 96), entre otras.

(31) *Vid.* el párrafo 105 de la sentencia del caso *Tysiac*.

(32) El argumento del TEDH es que la terminación del embarazo es una decisión que no pertenece sólo a la vida privada de la mujer, porque está íntimamente conectada con el feto en desarrollo (*vid.* el párrafo 213 de su sentencia).

(33) En la sentencia de este caso, el Tribunal Europeo recuerda tanto la jurisprudencia de la ya extinta Comisión (Informe *Brüggemann et Scheuten*), como fallos anteriores suyos –en concreto, en los casos *Boso c. Italia*, de 2002, *Vo c. Francia*, de 2004, *Tysiac c. Polonia*, de 2007, y *A., B. y C. c. Irlanda*, de 2010–.

(34) Aunque este caso tiene que ver con decisiones reproductivas en afirmativo (versa sobre la esterilización de una mujer romaní sin prestar su previo consentimiento informado), lo traemos a colación por la alusión expresa que se hace en él a la salud reproductiva como contenido del derecho a la vida privada (*vid.* los párrafos 145 y 154 de la sentencia).

(35) Así, se dice que: «El ejercicio efectivo de este derecho (al acceso a las informaciones de salud) condiciona generalmente la capacidad del individuo para ejercer su derecho a la autonomía personal –igualmente protegida por el art. 8 del Convenio (caso *Pretty*, párrafo 61)–» (párrafo 197 de la sentencia), y en concreto, la autonomía personal de la mujer embarazada en vista de tomar una decisión sobre la continuación del embarazo en el marco del supuesto legalmente contemplado de malformación grave e irreversible o de una enfermedad incurable potencialmente mortal (párrafo 199 de la sentencia).

(36) Tenemos, por un lado, la valoración que hace el Tribunal de que las demandantes (la menor y la madre de la menor) no recibieron un adecuado y objetivo consejo médico que tuviera en cuenta sus opiniones y deseos (párrafos 108 y 109 de la sentencia), en definitiva, su autonomía. Y, por otro lado, el reconocimiento en forma expresa del derecho de la menor a tomar decisiones sobre las opciones reproductivas, de la autonomía personal de la menor en este ámbito (párrafo 109, en concreto, de la sentencia).





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

En resumen, en la expansión del derecho a la vida privada a las decisiones no reproductivas de las mujeres que se realiza en la jurisprudencia del TEDH, se perciben una serie de pautas como son: la no ponderación del propio derecho a la vida privada (en el ámbito de la reproducción) en el balance de intereses que sustenta los sistemas de incriminación del aborto en las legislaciones nacionales, la vinculación del derecho a la vida privada a la existencia de riesgos graves o afectación a la vida, la integridad física y la salud de las mujeres, e incluso la inclusión en la vida privada de la mujer embarazada, de la vida o la salud del feto. Pautas todas ellas que creemos que hacen bastante confuso el contenido del derecho a la vida privada en relación con las decisiones no reproductivas de las mujeres.

IV. UNA LECTURA EN CLAVE BIOPOLÍTICA

Quizás para entender las pautas presentes en la jurisprudencia del TEDH en torno al derecho a la vida privada en su aplicación a las decisiones no reproductivas de las mujeres, haya que tener en cuenta algunos aspectos que, a modo de hilos invisibles, las anudan.

Así, respecto a la evaluación que tiene que hacer el TEDH a la hora de determinar si los Estados han limitado el derecho a la vida privada dentro de lo previsto en el art. 8.2 del Convenio de Roma, evaluación que hemos dicho que la mayor parte de las veces se traduce en una valoración del balance entre la vida en formación y los derechos de las mujeres en el ámbito de la reproducción efectuado por las legislaciones nacionales sobre el aborto voluntario, lo que habría que visibilizar son los presupuestos de que se parte.

Por un lado, el balance implica conferir el mismo valor a lo puesto en cada uno de sus extremos (la protección de la vida en formación *versus* los intereses o derechos de las mujeres). Pero en la jurisprudencia del TEDH no están claras estas asignaciones de valor ni tampoco que las mismas sean equiparables. El Tribunal Europeo es renuente a afirmar que el *nasciturus* sea titular del derecho a la vida⁽³⁷⁾ y no está claro que las decisiones no reproductivas de las mujeres sean lo protegido a través del derecho a la vida privada.

Por otro lado, la puesta en balance presupone el conflicto entre los extremos. Supone un planteamiento en términos conflictuales de las decisiones no reproductivas⁽³⁸⁾, que es el que ha inspirado todos los debates, fundamentalmente centrados en torno al tema del estatuto jurídico del embrión o del feto. Con lo cual, se ha pasado por alto el tema del

(37) En la actuación tanto de la CEDH como del TEDH se observan las mismas pautas: no atribuir expresamente al *nasciturus* la condición de «persona» directamente protegida por el art. 2 del Convenio de Roma (derecho a la vida) y, en todo caso, ser renuentes a resolver si el feto es titular o no del derecho a la vida, aunque no a otorgarles algún tipo de protección, lo que hace que las posiciones de estos órganos finalmente se tornen ambiguas (GONZÁLEZ, 2011:59).

(38) Un planteamiento cuyo eco se percibe en las sentencias del TEDH. Así, por ejemplo, cuando en referencia al consenso que existe entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permisión del aborto, se añade que «la mayoría de las Partes Contratantes han resuelto en su legislación los **derechos contrapuestos** del feto y la madre a favor de un mayor acceso al aborto» (*vid.* el párrafo 97 de la sentencia del caso *P. y S. c. Polonia*). La negrita es nuestra.





DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

control que históricamente se ha ejercido sobre las mujeres, en concreto para desincentivar las decisiones no reproductivas de las mujeres, un control que aún hoy está vigente.

Éric Fassin nos llamaba la atención sobre este aspecto, sobre cómo, por ejemplo, la batalla sobre el aborto suele ser presentada como la oposición entre los que quieren prohibir y los que quieren autorizar, en una lógica de represión o de liberalización, cuando la cuestión es también una cuestión de control, en específico de control médico de los abortos legales (Fassin, 2001: 39).

Incluso el reconocimiento del derecho a la vida privada en el ámbito reproductivo en los años 70 en Estados Unidos –caso *Roe vs. Wade* –, constituye en realidad, según este autor, una puesta de las mujeres en manos de los/as médicos/as⁽³⁹⁾. Todo circula desde entonces en torno al aborto legal, el aborto terapéutico, donde los Estados se resisten a dejar el control o lo dejan en manos de los/as médicos/as (Fassin, 2001).

La previsión aún hoy en muchas legislaciones de la intervención de terceros para proceder al aborto (despenalizado), en forma de informes médicos, consejerías, permiso de los padres⁽⁴⁰⁾, del marido o pareja, serían en sí mismas formas de control, formas de biopolítica delegada, como la designan Memmi, Taïeb (2009: 7) que limitan la autonomía reproductiva de las mujeres.

El poder médico es una de las formas del *biopoder*, que es el poder que, según Michel Foucault, se ha extendido desde el siglo XIX en adelante, un poder que no se ejerce –o no sólo– en forma negativa, sancionando, eliminando la vida (que era la forma del «poder soberano») sino en forma positiva, por medio de incitaciones, de regulaciones, de disciplina, de control, que no necesariamente proceden del Estado sino de poderes informales como la escuela, los hospitales, los psiquiátricos... (Foucault, 2011 [1977], 2009b [1976]).

Y el TEDH, cuya jurisprudencia nos ocupa, se habría plegado al biopoder, a estos controles. No al control de los maridos, porque en los casos de aborto no ha admitido que en el derecho a la vida privada de los futuros padres esté englobado el derecho a ser consultado o demandar ante un tribunal a propósito de un aborto que su esposa tenga pensado practicarse⁽⁴¹⁾, pero sí

(39) Lo difuso de la definición del aborto terapéutico consagra aún más el poder de decisión del/a médico/a; la decisión es dejada a su apreciación e incluso a su discreción. Y viceversa: los/as médicos/as ejercen un importante rol en la definición política y jurídica del aborto (*vid.* FASSIN, 2001: 39). Un poder médico *in crescendo*, en cierta medida en línea con el incremento del gobierno médico de la vida humana, en general (LE BLANC, 2007: 70).

(40) Como sería el caso de España, porque la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en que finalmente se estableció un sistema mixto de interrupción voluntaria del aborto (con plazos e indicaciones), hace necesario contar con informes médicos previos para acogerse a las indicaciones previstas, y tras la reforma de esta Ley Orgánica realizada por el gobierno del PP en 2015 (en virtud de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo), con el consentimiento expreso de los/as titulares de la patria potestad, en caso de tratarse de mujeres de 16 y 17 años que quieran interrumpir su embarazo.

(41) Así, en el caso *Boso c. Italia*, sobre la demanda del varón que se quejaba de que la decisión de abortar de la mujer había sido tomada sin él, demanda que fue rechazada como manifiestamente infundada. En línea con la misma posición que había mantenido antes la CEDH. En cuanto al caso *Evans*, en que el TEDH resuelve a favor de la retirada del consentimiento prestado por un varón a la implantación de los óvulos fecundados en el útero de la mujer, creemos que no representa un cambio de esta línea sino la confirmación de la tendencia biopolítica de su jurisprudencia. Ratifica la regla que gobierna las técnicas de reproducción asistida de que antes de la implantación cabe retirar el consentimiento, pero no cuando ya se ha realizado la misma, una regla que



al control médico, sobre todo porque, aparte de reflejarlo en sus sentencias⁽⁴²⁾, lo deja inmune, no lo cuestiona⁽⁴³⁾.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la vinculación que el TEDH realiza del derecho a la vida privada con la vida, la integridad y la salud, en el sentido de estimar que se ha vulnerado el derecho a la vida privada porque con la restricción en la práctica del acceso al aborto, se afecta o se ponen en riesgo esos otros valores o derechos, demuestra su consciencia sobre cómo las legislaciones y las prácticas restrictivas del aborto afectan gravemente a la vida, a la integridad física y a la salud de las mujeres⁽⁴⁴⁾.

La vida, la integridad y la salud de las mujeres son valoradas, ciertamente, en el marco de las decisiones no reproductivas. Parafraseando a Le Blanc, diríamos que son valorizadas justo en su riesgo de desvalorización por la identificación de los riesgos corridos⁽⁴⁵⁾, aunque –dicho sea de paso– sean las dimensiones biológicas, físicas de la vida, la integridad y la salud de las mujeres, las mayormente consideradas, como lo acredita el protagonismo del elemento de la integridad corporal dentro del concepto de «vida privada», la equiparación de ésta con la integridad física en supuestos en que se obstruye el acceso al aborto legal, o la inclusión de la vida y la salud del feto en la vida privada de la mujer, ítems a los que nos referíamos en el epígrafe anterior.

Sin embargo, pese a lo loable de la postura del TEDH en cuanto a la atención que se presta a la vida, a la integridad y a la salud de las mujeres, de ella se desprende también cómo el derecho a la vida privada de las mujeres (en relación con las decisiones no reproductivas) es funcional respecto a otros bienes y valores (la vida, la integridad y la salud de las mujeres): se protege –se estima vulnerado– aquel derecho por y para resarcir los riesgos y daños (de cierta gravedad, como son ciertamente los casos planteados ante este Tribunal), causados a estos otros bienes y valores. Y cómo predomina una visión reduccionista de la vida, la integridad y la salud –de cuya puesta en riesgo o

está pensada a favor de la vida en formación y que va en la línea de las consideraciones que sobre la vida, la salud –en especial, de la vida en formación–, se contienen en la jurisprudencia del TEDH en torno al derecho a la vida privada aplicado a los casos de aborto.

(42) El caso *Tysiac* constituye un ejemplo de cómo las mujeres pueden quedar indefensas ante las exigencias de concordancia entre informes médicos que piden las legislaciones para acceder al aborto legal. En la sentencia de este caso, el TEDH estima que el Estado polaco no cumplió sus obligaciones positivas por no contener la ley polaca los mecanismos eficaces para ello (por ejemplo, al no prever las situaciones en las que no había coincidencia plena entre la opinión de la mujer embarazada y la de los médicos o entre las opiniones de los médicos, ni un procedimiento para oponerse a la decisión final). *Vid.* el párrafo 107 de la sentencia.

(43) A lo sumo, en algún caso, el TEDH reconoce que los médicos no proporcionaron un adecuado y objetivo consejo médico que tuviera en cuenta las opiniones y deseos de las demandantes, como ocurrió en el caso *P. y S. c. Polonia* (*vid.* el párrafo 108 de la sentencia del TEDH en este caso).

(44) Lo que, sin duda, reviste importancia porque es conocido el vínculo pernicioso entre la existencia de legislaciones penales que prohíben o restringen el aborto voluntario, y el alto índice de abortos inseguros que ponen en peligro la salud y la vida de las mujeres (aún hoy, el 13% de la mortalidad materna es debida a esta causa), como han puesto de manifiesto organizaciones feministas como el Lobby Europeo de Mujeres, y también Amnistía Internacional (*vid.* su Informe: *Mi cuerpo, mis derechos*, España, 2014).

(45) En concreto, lo que dice LE BLANC es que la acción de la biopolítica se percibe en la medida en que la vida es valorizada justo en su riesgo de desvalorización por la identificación de los riesgos corridos (LE BLANC, 2007:66).



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

afectación precisamente depende la incardinación de las decisiones no reproductivas de las mujeres en el derecho a la vida privada—, una visión reduccionista que, finalmente, lo impregna todo.

Así, la valoración de la incidencia de factores estructurales en las decisiones no reproductivas y en la propia vida y salud de las mujeres⁽⁴⁶⁾, escapa no sólo a las legislaciones nacionales sino también al propio TEDH, encargado de evaluar su concordancia con el Convenio de Roma.

La jurisprudencia del TEDH, que parece instalada en un paradigma positivista, más bien se aviene a estas legislaciones y prácticas. Por ejemplo, cuando se pliega al argumento que utilizan en sede interna los Estados: que sus legislaciones no prohíben a las mujeres trasladarse al extranjero a producirse un aborto⁽⁴⁷⁾. Un argumento que supone no considerar las limitaciones (estructurales) que condicionan las posibilidades reales de las mujeres de optar por la no reproducción y que, so pretexto de proteger ante todo la vida en formación, lleva a descuidar la justicia (social).

El abordaje del derecho a la vida privada aplicado a las decisiones no reproductivas, en que se vincula dicho derecho con los derechos a la vida, a la integridad o la salud, y con los valores de la vida, la integridad y la salud, constituye, por tanto, una muestra de la orientación biopolítica hacia el «hacer vivir», aunque se trate, como hemos dicho antes, de un «hacer vivir» desde un punto de vista fundamentalmente biológico.

Esta orientación biopolítica que se percibe en la jurisprudencia europea estaría en sintonía con el ascenso de la vida y del derecho a la vida, a la integridad física, y a la salud⁽⁴⁸⁾, y a su vez se remonta a la amplificación del valor atribuido a la vida y a la salud que tiene lugar desde la Modernidad (Arendt, 2011 [2005]: 331-337). Pero tendría, además, otro efecto no menos importante que es el de descuidar (e inducir al descuido de) la esencia de las decisiones no reproductivas de las mujeres, la autonomía.

Como expresamos en el epígrafe anterior, son escasas las referencias a la autonomía cuando este derecho es aplicado a las decisiones no reproductivas. No es sobre la autonomía reproductiva sobre lo que se decide. Y, de hecho, los casos planteados ante el TEDH son casos en que se valoran prácticas restrictivas de acceso a supuestos despenalizados de aborto, supuestos que, en su propia configuración normativa, llevan implícita la sumisión de la autonomía de las mujeres al criterio médico.

Este control o biopolítica delegada que ejercen los/as médicos/as en el marco de estos supuestos, lleva en algunos casos a desconsiderar las opiniones y deseos de las propias

(46) Entre los que estaría la propia vigencia de legislaciones y prácticas restrictivas del aborto voluntario que determinan las cifras de mortalidad materna, o las desigualdades y discriminaciones que afectan a mujeres y niñas en relación al disfrute de sus derechos.

(47) Como es lo que ocurre en el caso *A, B y C c. Irlanda*, por citar un caso no muy lejano en el tiempo, en el que el TEDH expresa que en el caso de las demandantes A y B, la regulación irlandesa que prohíbe el aborto por razones de salud o bienestar de la mujer, no viola su derecho a la vida privada, sobre todo si se tiene en cuenta que la propia Constitución irlandesa permite salir del país a abortar y establece, además, el deber de informar sobre esta posibilidad (párrafo 239 de la sentencia).

(48) Aspecto al que se refiere la doctrina: *vid.* Fassin, 2010; Rey, 2009.



mujeres y, en general, a dejar de lado su juicio⁽⁴⁹⁾. Porque el concepto de autonomía imperante en el ámbito médico y también en el jurídico, es un concepto reducido de autonomía, de autonomía como consentimiento⁽⁵⁰⁾, que se sustenta en el fondo en un concepto individualista de autonomía, de autonomía como racionalidad e independencia. Un concepto que, como nos dice Victoria Camps, se suele atribuir a Kant⁽⁵¹⁾ pero estaría más próximo al concepto de autonomía de Mill (Camps, 2011: 12) y que, a nuestro entender, lo que deja de lado son, sobre todo, las circunstancias (personales y sociales) que determinan la autonomía de las personas, en particular, de las mujeres, a la hora de ejercerla. Por ejemplo, a la hora de prestar su consentimiento informado⁽⁵²⁾, el cual muchas veces, no es ni verdaderamente informado ni libre, y se da presupuesto.

Esta escasa valoración de la autonomía reproductiva de las mujeres, asimismo, conlleva una (re) presentación dominante de éstas como pacientes, como menores de edad o infradotadas, cuando optan por la no procreación, en cuyo caso, son sometidas a control (paterno, médico, jurídico). Una imagen –no inofensiva⁽⁵³⁾– de las mujeres que construyen las legislaciones y las prácticas de los Estados pero que se reproduce gracias a la anuencia de la jurisprudencia europea. Y que, y esto es lo que queremos subrayar, tendría una orientación biopolítica, hacia el «hacer vivir». La inclusión, en el plano discursivo, de la vida y la salud del feto en la «vida privada» de las mujeres, pauta a la que nos hemos referido más arriba, ratificaría esta idea.

Si, por una parte, esa inclusión puede interpretarse como un distanciamiento de las posturas conservadoras (que enfatizan la entidad autónoma del feto para restringir

(49) Como ocurre en el caso *P. y S. c. Polonia*, como lo reconoce el propio Tribunal Europeo (vid. la nota 43), y también en el caso *Tysiack c. Polonia*, como explicamos en la nota 42.

(50) Puede mencionarse en este sentido la sentencia del TEDH en el caso *Evans c. Reino Unido*, en el que el Tribunal da prevalencia a la decisión de no procrear del varón (decisión que se considera que forma parte del contenido del derecho a la vida privada) sobre la decisión de procrear de la mujer, y ampara la retirada del consentimiento dado a una inseminación artificial prevista en la legislación británica. O su sentencia en el caso *V.C. c. Eslovaquia*, en el que uno de los aspectos determinantes de la sentencia del Tribunal fue precisamente la falta de consentimiento informado a la esterilización practicada a una mujer romaní (párrafos 152 y 153).

(51) Y como tal, como concepto kantiano, es criticado por la doctrina. Así, por ejemplo, por la doctrina feminista, que ha criticado que el concepto kantiano de autonomía, equivale a racionalidad y presupone un modelo de sujeto solipsista, atomizado, sin vínculos (COHEN, 1997; PITCH, 2003), y también por la doctrina biética, que ha tratado de contraponer al concepto kantiano de autonomía, de autonomía trascendental (o simplificando, de autonomía como racionalidad), un concepto relacional de autonomía que tenga en cuenta las relaciones y las tradiciones culturales en que están inmersas las personas (vid. FEYTO, 2011: 4, 5).

(52) En el caso *V.C. c. Eslovaquia*, en que uno de los aspectos determinantes de la sentencia del Tribunal fue precisamente la falta de este consentimiento, el TEDH no tuvo en cuenta, sin embargo, las características específicas de género y étnicas de la mujer esterilizada, que son las que le convirtieron en víctima de la esterilización forzada (GONZÁLEZ, 2015: 164, 165).

(53) Tiene efectos no sólo a nivel político y social, sino también a nivel subjetivo. La propia valorización de la vida y de la salud, que es la óptica desde la que, en definitiva, esta imagen se proyecta, lleva implícita, según LE BLANC, determinados procesos de subjetivación: el traumatismo psíquico. El sujeto se constituye en los bordes mismos de aquello que le somete. El riesgo traumático inscribe la vulnerabilidad en la vida (vid. LE BLANC, 2007: 66). Estas consideraciones, no obstante, creemos que merecen ser tomadas con cautela ya que, aunque por una parte se reconoce nuestra vulnerabilidad y, por tanto, lo limitado, lo circunstanciado de nuestra autonomía, de llevarse al extremo la argumentación –o mejor dicho, de dejarnos llevar por nuestra (inexorable) vulnerabilidad– corremos el riesgo de anular, de no dejar ningún resquicio a nuestra autonomía, a nuestra libertad.



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

el acceso al aborto voluntario), por otra parte parece querer erigir a las mujeres –a las que, paradójicamente, de antemano se las presenta como menores de edad en las legislaciones sobre el aborto– en garantes de la vida y buena salud del feto, en garantes de la subsistencia, en principio puramente biológica, de la vida en formación⁽⁵⁴⁾. Una intencionalidad que se hace evidente cuando de la inscripción de la vida y la salud del feto en la vida privada de la mujer el Tribunal Europeo deriva una vinculación entre los derechos del feto y los de la futura madre –«están inextricablemente vinculados», es lo que manifiesta– y de esta vinculación, una justificación de la limitación de los derechos de la mujer, de su autonomía⁽⁵⁵⁾.

La cuestión del estatuto jurídico del feto, si bien sigue siendo una cuestión no resuelta explícitamente por el TEDH, es tenida muy en cuenta. Como lo demuestra el giro en su argumentación en el caso *A, B y C c. Irlanda*, en el que pasa de mencionar el consenso europeo sobre permitir el aborto de modo cada vez más amplio –consenso que admite en una serie de sentencias– a valorar la inexistencia de consenso europeo sobre el estatuto jurídico del embrión y del feto⁽⁵⁶⁾, y a sustentar sobre la misma el margen de apreciación –amplio– del Estado irlandés para prohibir el aborto por razones de salud o bienestar de la mujer y, en consecuencia, estimar que en el caso de A y de B, no se vulneró el derecho a la vida privada.

Con lo cual, el propio TEDH altera las reglas de utilización del argumento del consenso y del margen de apreciación que suele seguir –y reescribir en sus sentencias sobre decisiones no reproductivas–, la regla de que en caso de existencia de consenso europeo sobre una determinada temática, o sobre los medios de proteger un derecho, se restringe el margen de apreciación concedido a los Estados o la regla de que cuando están en juego aspectos esenciales de la vida privada, es más restringido el margen de apreciación estatal⁽⁵⁷⁾. Aunque en las cuestiones reproductivas estaría en juego el valor de la autonomía reproductiva de las mujeres, el TEDH hace una utilización voluntarista del margen de apreciación pro vida en formación.

(54) Tampoco creemos que esta integración pueda interpretarse como la adopción de un concepto relacional. Este concepto supone un sujeto interrelacionado con otros sujetos, y además situado, desde la perspectiva que sostienen COHEN (1997) o FEYTO (2011).

(55) Argumentación que emplea en forma muy clara en el caso *A, B y C c. Irlanda*. Los derechos del feto y los de la futura madre están inextricablemente vinculados, de manera que en materia de protección de los derechos del *nasciturus*, el Estado debe aplicar igualmente su margen de apreciación a los derechos concurrentes de la mujer embarazada (*vid.* el párrafo 213 de la sentencia).

(56) O, más aún, la combinación de los dos consensos. Así en el caso *P. y S. c. Polonia*, el Tribunal Europeo se refiere a la existencia de un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permisión del aborto y a que la mayoría han resuelto en su legislación los derechos contrapuestos del feto y la madre a favor de un mayor acceso al aborto, y acto seguido, sin ninguna justificación, señala la inexistencia de un enfoque común en relación con el comienzo de la vida (*vid.* párrafo 97 de la sentencia).

(57) Un resumen de estas reglas se encuentra, por ejemplo, en su sentencia en el caso *Evans c. Reino Unido*. Una, que en relación con aspectos importantes para la identidad o la existencia de la persona, el margen de apreciación es restringido; dos, que en caso de inexistencia de consenso sobre una determinada temática, o sobre los medios de proteger un derecho, y en particular cuando en el asunto se plantean cuestiones morales o éticas, se concede un amplio margen de apreciación a los Estados, y tres, que también se concede este amplio margen de apreciación cuando el Estado debe procurar un equilibrio entre los intereses públicos y privados o entre diferentes derechos (*vid.* el párrafo 77 de su sentencia en este caso).





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Sin embargo, focalizar la defensa de la vida (o, mejor dicho, de la vida en formación) en la restricción de las decisiones no reproductivas, que es lo que sustenta los sistemas de regulación del aborto voluntario que evalúa el TEDH, sería una postura política –y también jurídica– incorrecta. Como dice Marta Lamas, la defensa de la vida está en otra parte. Está en la toma en consideración de otros elementos de la vida, como es la libertad⁽⁵⁸⁾, que es lo que no se hace al abordar las problemáticas que plantean las decisiones no reproductivas de las mujeres.

V. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del TEDH ha expandido el contenido del derecho a la vida privada (art. 8 del Convenio de Roma), inscribiendo en el mismo las decisiones no reproductivas de las mujeres, pero ello no significa que el Tribunal Europeo tenga una posición favorable a los intereses de las mujeres o, en concreto, a su autonomía reproductiva.

Las garantías que se desprenden del derecho a la vida privada entran en juego en el ámbito reproductivo cuando existe una puesta en riesgo o una afectación de los derechos a la vida, a la integridad física o a la salud (o de los valores vida, integridad o salud) de las mujeres, que es lo que ha ocurrido cuando los Estados europeos han restringido no sólo a nivel normativo sino sobre todo en la práctica, el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de estar legalmente contemplada. En la evaluación que el TEDH hace de estas prácticas y de las propias legislaciones, puede percibirse cómo las decisiones de no procrear de las mujeres son contempladas desde el prisma de la vida, de la integridad y de la salud y con ello, reducidas a una dimensión predominantemente biológica, que es la dimensión cuya valoración queda sujeta al criterio médico.

La inclusión de dichas decisiones en el arco protector del derecho a la vida privada está más bien en función de – u orientada a – otros valores e intereses como son la vida, la integridad o la salud... de las mujeres, e incluso más precisamente, de la vida en formación, cuya vida y salud se consideran incluidas en la vida privada de las mujeres. Y como sospechábamos, esta inclusión no constituye propiamente una protección de la autonomía. Constituye una amplificación –no visible– de la Biopolítica, del control sobre la vida humana, para asegurar su reproducción *por otros medios*. Este control no se realiza por vías sancionadoras sino por medio de la promoción de la vida, de la integridad y la salud, en este caso, desde la jurisprudencia del TEDH.

(58) Según MARTA LAMAS, «el debate ético en torno al aborto no conduce a establecer un manual de reglas o prohibiciones, sino que lleva a replantear el sentido de la existencia» (LAMAS, 2005: 75). Y este replanteamiento supone contraponer una mirada que toma en consideración otros elementos, como la calidad de vida, la responsabilidad individual y la libertad... Una línea en que se sitúa también la propuesta de rescatar la concepción de la vida que procede de las filosofías de la vida y de la existencia, que implica, entre otras cuestiones, la atención a la experiencia de las mujeres, a la unidad del yo, a la libertad y a la responsabilidad (vid. GONZÁLEZ, 2014).



VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDR, Hannah, *La condición humana*, Barcelona, Colección Surcos 15, Ed. Paidós, 2011, 1.ª ed. 2005.
- BEAUVOIR, Simone de, *El segundo sexo*, Madrid, Ed. Cátedra, 2013 (Éditions Gallimard, 1949).
- BOURDIEU, Pierre, «Social Space and Symbolic Power», *Sociological Theory*, Junio 1; 7: 1988, pp. 14-25.
- CAMPS, Victoria, «La autonomía, el principio “por defecto”», *Bioética & Debat*, n.º 17 (62), 2011, pp. 11-13.
- CARDI, Coline; DEVREUX, Anne-Marie, «Le genre et le droit: une coproduction. Introduction», *Cahier de Genre*, 2/2014, n.º 57, pp. 5-18.
- COHEN, Jean L., «Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controversia sobre o aborto», *Revista Brasileira de Ciência Política*, n.º 7, Brasília, janeiro-abril de 2012, pp. 165-203.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ed. Ariel, S.A., 1994
- FARNÓS AMORÓS, Esther, «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 36, 2016, pp. 93- 111.
- FASSIN, Didier, «El irresistible ascenso del derecho a la vida. Razón humanitaria y justicia social», *Revista de Antropología Social*, 19, 2010, pp. 191-204, p. 201.
- FASSIN, Éric, «L’avortement sous expertise (entre la France et les États-Unis)», *Vacarme* 2001/2, n.º 15, pp. 38-41.
- FEYTO GRANDE, Lydia, «El concepto de autonomía en la medicina occidental», *Bioética & Debat*, vol. 17, núm. 62, enero-abril 2011, pp. 1-6
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, México, Ed. Siglo XXI editores, 2011, 1.ª ed. 1977.
- *La arqueología del saber*, Madrid, Ed. Siglo XXI Editores. 1.ª ed. 2009a, 1.ª ed. 1979.
- *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Ed. Siglo XXI editores, 2009b, 1.ª ed. 1976.
- *Hay que defender a la sociedad: Curso del Collège de France (1975-1976)*, Madrid, Ed. Akal, 2003.
- FRYDMAN, Benoît, «Le dialogue international des juges et la perspective idéale d’une justice universelle», 30 mars 2007, 17 páginas. En línea: 28/8/2016: http://www.w.philodroit.be/_Frydman-Benoit_?detail=publications&lang=fr.
- GONZÁLEZ MORENO, Juana María, «El marco jurídico europeo de la autonomía reproductiva. Un análisis jurídico feminista», Trabajo final del Máster Oficial en Investigación Aplicada en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía, Universitat Jaume I, 2011 (inédito).
- «El sesgo masculino y de género del Derecho de la Unión Europea en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral», *Revista de Derecho de la*

- Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú, n.º 2, 2013, pp. 33- 48.
- «En torno a la Bioética y el Bioderecho. Una propuesta para la construcción de un marco teórico desde la perspectiva de las mujeres», en: ALICIA H. PULEO, GEORGINA AIMÉ TAPIA GONZÁLEZ, LAURA TORRES SAN MIGUEL y ANGÉLICA VELASCO SESMA (coords.), *Hacia una cultura de la sostenibilidad: análisis y propuestas desde la perspectiva de género*, Valladolid, Ed. Departamento de Filosofía de la Universidad de Valladolid y la Cátedra de Estudios de Género de la Universidad de Valladolid, 2014, pp. 127-135.
 - «Autonomía reproductiva y Derecho. Un análisis de los marcos jurídicos internacional, europeo y español desde la teoría jurídica feminista», TDR Tesis Doctorales en Red, Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Ciència Política i de Dret Públic, 2015, ISBN: 9788449055362 En línea [28/8/2016]: <http://www.tdx.cat/handle/10803/309284>
- KILKELLY, Ursula, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n.º 1, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003
- LAMAS, Marta, «Nuevos horizontes de la interrupción legal del embarazo», *Desacatos*, núm. 17, enero-abril, 2005, pp. 57-77.
- LE BLANC, Guillaume, «Le droit à la vie», *Raisons politiques* 2007/1, n.º 25, pp. 57-71.
- MACKINNON, Catherine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid: Ediciones Cátedra, Valencia, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1995, 1.ª ed. 1989.
- MATIA PORTILLA, J. F., «Derecho a la intimidad», en: ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César (dirs.), *Derechos fundamentales y su protección*, tomo III, Temas básicos de Derecho Constitucional, Cizur Menor, Ed. Civitas, Thomson Reuters, 2011, pp. 178- 184.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, «Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 8, 2004, 40 páginas.
- MEMMI, Dominique; TAÏEB, Emmanuel, «Les recompositions du “faire mourir”: vers une biopolitique d'institution», *Sociétés contemporaines*, 2009/3, n.º 75, pp. 5-15.
- PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, 1.ª ed. 1998.
- RASK MADSEN, Mikael, «“La Cour qui venait du froid”. Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre», *Critique internationale*, 2005/1, n.º 26, pp. 133- 146.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, «La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión», *Estudios Constitucionales*, Año 7, N.º 1, 2009, pp. 331-360.
- «¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario a la sentencia “A, B y C vs. Irlanda”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho del Estado*, n.º 27, julio-diciembre del 2011, pp. 293-302.
- ROAGNA, Ivana, *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série des précis droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012.



DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y DECISIONES NO REPRODUCTIVAS DE LAS MUJERES

- RUÍZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Constitucional, Colección Tesis Doctorales, n.º 376/92, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.
- SHAPIRO, Ian, «El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008, pp. 437- 464.
- SMART, Carol: «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI de España Editores, S.A., 1994, pp. 168-189.
- «La teoría feminista y el discurso jurídico», en BIRGIN, HAYDÉE (comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Argentina, Ceadel, Ed. Biblos, 2000, pp. 31- 71.

VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA

- Caso *Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana*, CEDH, Demanda n.º 6959/75, Informe de 12 de Julio de 1977
- Caso *X. c. Reino Unido*, CEDH, Demanda n.º 8416/79, Decisión de 13 de mayo de 1980
- Caso *Paton c. Reino Unido*, CEDH, Demanda n.º 8416/78, Decisión de 13 de mayo de 1980
- Caso *H c. Noruega*, CEDH, Demanda n.º 17004/90, Decisión de 19 de mayo de 1992.
- Caso *X e Y c. Países Bajos*, TEDH, Demanda n.º 8978/1980, Sentencia de 26 de marzo de 1985
- Caso *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda*, TEDH, Demanda N.º 14234/88; 14235/88, sentencia de 29 de octubre de 1992
- Caso *Pretty c. Reino Unido*, TEDH, Demanda núm. 2346/2000, Sentencia de 29 de abril de 2002
- Caso *Boso c. Italia*, TEDH, Demanda n.º 50490/99, Decisión de 5 de septiembre de 2002
- Caso *Vo c. Francia*, TEDH, Demanda n.º 53924/00, Sentencia de 8 de julio de 2004
- Caso *Tysiac c. Polonia*, TEDH, Demanda n.º 5410/03, Sentencia de 20 de marzo de 2007
- Caso *Evans c. Reino Unido*, TEDH, Demanda n.º 6339/05, Sentencia de 7 de marzo de 2006, confirmada por la Gran Sala el 10 de abril de 2007.
- Caso *Women on Waves et autres c. Portugal*, TEDH, Demanda n.º 31276/05, Sentencia de 3 de febrero de 2009
- Caso *A, B y C c. Irlanda*, TEDH, Demanda n.º 25579/05, Sentencia de 16 de diciembre de 2010
- Caso *R.R. c. Polonia*, TEDH, Demanda n.º 27617/04, Sentencia de 26 de mayo de 2011
- Caso *V.C. c. Eslovaquia*, TEDH, Demanda n.º 18968/07, Sentencia de 8 de noviembre de 2011
- Caso *P. y S. c. Polonia*, TEDH, Demanda n.º 57375/08, Sentencia de 30 de octubre de 2012







DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

- I. FRECUENTAR EL FUTURO: LA DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA. II. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN LAS FORMAS DE TRABAJO Y EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA NOCIÓN DE «TRABAJADOR».
 - 1. **Internet y los nuevos modelos de negocio: la «gig economy».**
 - 2. **Repensando la figura del trabajador y construyendo las nuevas dimensiones del autónomo.**
- III. LA EMPRESA «PANÓPTICA»: CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y TÉCNICAS JURISPRUDENCIALES DE CONTROL.
- IV. LAS NUEVAS FORMAS DE PRODUCCIÓN: LA ROBOTIZACIÓN Y EL IMPRECISO LÍMITE ENTRE LO NATURAL Y LO ARTIFICIAL.
 - 1. **¿Seguirán los humanos el mismo camino que los caballos?: innovación tecnológica y el empleo.**
 - 2. **Un ejemplo del cambio tecnológico y su impacto en el trabajo: las impresoras 3D.**
 - 3. **La robótica y el empleo.**
 - 3.1. ¿Se cumplirá la profecía de Keynes?
 - 3.2. «Tú eres mi creador, pero yo soy tu dueño» (): los interrogantes jurídicos de la era posthumana.
- V. ¿SOPORTARÁ NUESTRO MODELO DE TRABAJO LA DISRUPCIÓN DIGITAL?
 - 1. **Empleo débil y precariedad sistémica, dos señas de identidad de un mercado de trabajo incierto.**
 - 2. **«Cuando teníamos las respuestas, nos cambiaron las preguntas»: ¿hacia una civilización del ocio?**

I. FRECUENTAR EL FUTURO: LA DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA

La idea de lo catastrófico se encuentra fuertemente arraigada en el entendimiento de la sociedad y, por tanto, parece querer envolver nuestro actual momento vital. Pero ello



no debe ser visto negativamente⁽¹⁾. Los griegos aplicaban la palabra «catástrofe» (*katá* «abajo» y *strépho* «volver») a la pulsación de una cuerda, a su vibración y retorno al reposo original. Con ello expresaban lo que era sometido a un cambio profundo. Probablemente, algo hay de eso en el sentido que damos en nuestros días a ese concepto, aunque sin su negatividad, pues con él nos acercamos al proceso que «transforma, que irrumpe para modificar, sea el ánimo, la conciencia o la quietud del entorno»⁽²⁾. Nuestra sociedad busca «afinar» el correcto entendimiento de lo real, desmentir lo confuso, salir del estado de asombro que todo cambio genera en la naturaleza humana y tratar de comprender la realidad resultante. Para ello necesita de todas las herramientas a su alcance: la ciencia, la ética, la filosofía, la economía, la sociología y, en fin, el derecho.

Es la «idea de progreso»⁽³⁾ una constante en el devenir tecnológico del hombre que se asocia con el poderoso pero siempre impreciso concepto de «revolución». Esta vigorosa metáfora ha servido para marcar las distintas etapas del devenir productivo, utilizando para ello una noción que resuena en nuestros oídos como un cambio brusco e irreversible. A la primera Revolución Industrial (finales del XVIII), con el uso de las máquinas de vapor y la proliferación de equipos mecánicos en las áreas de producción⁽⁴⁾, siguió una segunda (finales del XIX), con la electricidad, la especialización funcional, la división del trabajo y la producción masiva y en serie; y a ésta una tercera (mediados del XX), con el auge de dispositivos electrónicos, las tecnologías de Información aplicadas al ámbito laboral y la implantación de líneas automatizadas de producción⁽⁵⁾. Ya se anuncia una cuarta, cuyo alcance será más rápido y más transformador que las que le han antecedido: una auténtica «disrupción», un cambio radical que parece evidenciar un ir más allá de una mera «revolución».

La relación entre el hombre y la tecnología es cada vez más compleja, cada nuevo adelanto técnico modifica la circunstancia humana y, por tanto, al hombre mismo, quien, a su vez, impulsa el desarrollo tecnológico exigiendo nuevos adelantos⁽⁶⁾; por otro lado,

(1) En la aguda reflexión de R. DEBRAY, *Du bon usage des catastrophes*, Paris, Gallimard, 2011.

(2) En la analogía que proyecta R. ANDRÉS, *El luthier de Delft. Música, pintura y ciencia en tiempos de Vermeer y Spinoza*, Madrid, Acanalado, 2013, p. 140, con el momento de afinar un instrumento musical: «tensar una cuerda para afinarla debe conllevar una búsqueda en el caos, imprimir la sensación, una vez conseguido el temple, de percepción e inmutabilidad, la impresión de plenitud».

(3) Sobre el progreso como elemento que sustituye la fe en la providencia como mano que orienta el desarrollo humano, J. BURY, *La idea de progreso*, Madrid, Alianza, 2009.

(4) Considero imprescindibles para la comprensión del referido período, las pequeñas pero enjundiosas obras, de T.S ASTHON, *La revolución industrial*, México, FCE, 1979 y E. HOBBSAWN, *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, Madrid, Siglo XXI, 1980.

(5) Es clásica la cita para la evaluación de los efectos de este período de J. RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1998, quien anunció «el declive de la fuerza de trabajo global» que no sólo generará desempleo y marginación, sino condiciones de trabajo más precarias porque la presión de las altas tasas de paro debilita la capacidad negociadora de los trabajadores (subempleo, salarios bajos, jornadas interminables y gestión por el estrés), mientras mejora sensiblemente la posición de la nueva elite profesional. Su conclusión era rotundamente pesimista: «Justo a las puertas de la nueva aldea global de base tecnológica encontraremos un creciente número de seres desesperados y sin futuro muchos de los cuales se ven abocados a entrar en una vida de crimen».

(6) Estima J. ORTEGA Y GASSET que el hombre es el animal maquinista y, por eso mismo, lo que hace falta es que invente las nuevas máquinas que demandan los nuevos problemas y conflictos de la época presente.



DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

la sustitución del ambiente natural por el ambiente técnico ha convertido a éste en un auténtico «ecosistema», de modo que cualquiera que sea nuestra posición, estamos rodeados y condicionados por una realidad fuera de nuestro control⁽⁷⁾. Sus riesgos son evidentes, máxime cuando el mundo se dirige a quedar completamente dominado por ella. En palabras de Ortega en su célebre «*Meditación*», la técnica es «un paisaje artificial tan tupido que oculta la naturaleza primariadel hombre) tras él» y que amenaza con «obnubilar su conciencia»⁽⁸⁾. Hasta el punto de que uno de los mayores filósofos del siglo XX aludía con la frase, «solo un Dios puede aún salvarnos»⁽⁹⁾, al único camino que podría encontrar el hombre para salir del desastre al que había llegado una sociedad occidental fundada esencialmente sobre la técnica⁽¹⁰⁾.

Si la preocupación por su impacto ha sido una constante, las transformaciones que la misma vive en los últimos tiempos han venido a reabrir con renovados fundamentos esa vieja cuestión. Los cambios que sirven de base a este progresivo nuevo modelo se sitúan en la desmaterialización de la economía debido a la importancia creciente de la producción, el consumo, el empleo y la inversión en actividades no materiales sino informacionales. La empresa, como la propia economía, deviene ingravida e intangible. El espacio de trabajo se transforma en su interior, se deslocaliza por intermediación tecnológica se trabaja a distancia y las relaciones se establecen a través de redes. Las redes neuronales, los robots y aplicaciones de inteligencia artificial se convierten en un instrumento fundamental de la producción: Procesos enteramente gestionados por máquinas. La toma de decisiones debe realizarse en ambientes donde coexisten maquinas cognitivas y personas. En fin, nuevas realidades que conllevan nuevas formas de trabajo que convergen hacia la aplicación del sistema *on demand* a los recursos humanos: el objetivo es utilizar sólo aquello que se necesita donde y cuando se necesite.

Aunque muchos de los instrumentos y técnicas que se encuentran en su base poseen una larga tradición, lo cierto es que la virulencia con la que ahora aparecen carece de precedentes. A lo anterior se unen los profundos cambios en las tendencias y formas sociales. Como nos ponen de manifiesto los numerosos estudios, los cambios en los hábitos sociales, capacidades y competencias derivadas convierten esta transformación

«Ahora nos encontramos ante una nueva necesidad: las máquinas son tantas y tan complicadas que hace falta una máquina para manejar las demás, o, dicho en otros términos: es preciso suscitar una nueva sabiduría que nos enseñe a asimilar y practicar toda nuestra oceánica sabiduría. Esto –y no retroceder de la máquina al cocotero– es lo que reclama la altitud de los tiempos». En *Prólogo a un Diccionario enciclopédico abreviado*, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial/Revista de Occidente, 1983, VI, pp. 364-365.

(7) Ideas que extraigo de M. GARCIA PELAYO, *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 40.

(8) La consideración de la técnica como «paisaje artificial» pertenece también a J. ORTEGA Y GASSET, *Meditación de la técnica*, Madrid, Espasa Calpe, 1965 y la referencia contenida en el trabajo puede hallarse en pp. 83 y 84.

(9) Es clásica y recurrente a la última entrevista de M. HEIDEGGER que aparecería publicada en el año 1976 tras su muerte. «*Conversación de Spiegel con MARTIN HEIDEGGER, Escritos sobre la Universidad Alemana*, Madrid, Tecnos, 2009. Para los pormenores y el contexto la citada entrevista, *vid.* R. SAFRANSKI, *Un maestro de Alemania. Martin Heidegger y su tiempo*, Barcelona, Tusquets, 1997, pp. 480-481.

(10) Es excelente para situar esta reflexión el libro de J. RODRIGUEZ-HIDALGO, ¿*Solo un dios puede salvarnos? Heidegger y la técnica*, Alicante, Ediciones el Salmón, 2013.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

en un fenómeno complejo cuyas consecuencias son difícilmente previsibles. Así, se dice que el 65% de los niños que entran en primaria trabajarán en perfiles profesionales que todavía no existen; el 80% de los millennials (los nacidos entre 1980 y 2000, la primera generación nativa digital) no pisará jamás una oficina bancaria; datos de Naciones Unidas revelan que el número de personas mayores (más de 60 años) crecerá a más del doble en las próximas décadas, pasando de 841 millones en 2013 a 2.000 millones en 2050; el nacimiento de la «silver Economy» o la economía de la tercera edad se otea en el horizonte.

Una nueva sociedad con unos nuevos intereses que impulsan, por ende, nuevas formas de trabajo y por extensión, nuevos debates en materia jurídica laboral. Ideas como la «flexibilidad», la «flexiseguridad», la «empleabilidad» y tantos conceptos que han acompañado el devenir de los mercados de trabajo como representativos de cambio se enfrentan al nuevo contexto y se manifiestan por sí mismas insuficientes para albergar todo el caudal de transformaciones que se avecinan en los próximos tiempos.

II. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN LAS FORMAS DE TRABAJO Y EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA NOCIÓN DE «TRABAJADOR»

1. Internet y los nuevos modelos de negocio: la «gig economy»

Un primer cambio de enorme importancia ha venido de la mano del desarrollo de las tecnologías de la comunicación digital. Estas tecnologías son lo que algunos economistas llaman «tecnologías de plataforma», las mismas estimulan la innovación a través de una amplia variedad de actividades. El «internet de las cosas» se utiliza para facilitar la conexión entre empleadores y prestadores de servicios, para conectar a los clientes a los proveedores, y para desarrollar marcos productivos renovados.

Los dispositivos móviles y las nuevas plataformas y aplicaciones han dado lugar durante los últimos años al desarrollo de nuevos modelos de consumo y, paralelamente, nuevos modelos de negocio. Buen ejemplo de ello es el desarrollo del comercio electrónico de bienes y servicios (libros, música, viajes, ropa, etc.), que ha llegado en pocos años a convertirse en algo habitual en el día a día de millones de consumidores. Un ámbito sobre el que esta irrupción tecnológica está teniendo un fuerte impacto es en la llamada economía colaborativa (o consumo colaborativo).

Desde el punto de vista del derecho laboral, las fórmulas de economía colaborativa están teniendo un efecto muy importante y es de esperar que su desarrollo en los próximos años produzca una transformación significativa en la propia forma de entender la idea de trabajo. Conviene precisar que estos modelos se instalan en sectores tradicionales de actividad sólidamente consolidados (transporte, limpieza), transformando sus formas y modos de actividad⁽¹¹⁾. Por otra parte, estas nuevas empresas

(11) A. TODOLI, *El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, IUSLabor, 3/2015, pp. 6-8, caracteriza el modelo





DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

han entrado a competir con empresas ya establecidas, en muchos casos, empujándolas a innovar sus métodos tradicionales, ofreciendo así a los clientes mejores productos y servicios a precios más bajos. Además, se trata de negocios globales, fácilmente exportables a otros países en la medida en que, al proyectarse sobre sectores típicos de actividad, se adaptan con facilidad a cualquier entorno económico. Una vez creada la plataforma, expandirla por todo el mundo tiene relativamente poco coste. Son negocios, en suma, fácilmente escalables.

La «on-demand economy» posee una amplia definición (rental platforms, craft platforms o financing platforms), pero son las plataformas «gig» las que concentran el interés en materia laboral al permitir a los proveedores individuales proporcionar sus servicios. La que se ha denominado también «Uber economy» se basa en plataformas virtuales –páginas web o apps– cuyo objetivo declarado es el contacto directo entre clientes y prestadores de servicio, calificados como trabajadores autónomos.

En sus rasgos maestros, el modelo tipo de estas nuevas empresas podría definirse del modo siguiente. La empresa posee una página web en la que pueden inscribirse los profesionales que se encuentren interesados en la prestación de servicios para dicha entidad. Los profesionales deben completar un formulario, realizando, posteriormente, la empresa diversos controles sobre los mismos (estudio reputacional a través de Facebook; conversación telefónica personal) para verificar y validar las afirmaciones realizadas por ellos. A través de una página web, los clientes solicitan un servicio determinado, de carácter periódico o puntual. El sistema informático de la empresa asigna, a través de un algoritmo⁽¹²⁾, el servicio a varios profesionales que reúnan los requerimientos profesionales y geográficos.

Los prestadores de servicios reciben un aviso y, entrando en la página web, aceptan o no el encargo. Este se adjudica al primero que lo acepta. No llevan uniforme de la empresa ni tienen teléfono o correo electrónico de la empresa. El precio por hora de servicio lo marca la empresa, siendo igual para todos los servicios y

de negocio de estas nuevas empresas por los siguientes datos característicos: (i) Menor dependencia y evaluación por el cliente. Este nuevo tipo de empresas no van a necesitar dirigir y supervisar el trabajo realizado. Las empresas, a través de la tecnología, confían en las evaluaciones realizadas por sus clientes. (ii) Economías de escala o necesidad de una masa crítica. El negocio se basa principalmente en acumular una gran cantidad de prestadores de servicios y de usuarios. (iii) Negocio global. Una vez creada la plataforma, expandirla por todo el mundo tiene relativamente poco coste. (iv) Algo más que una base de datos. Más ampliamente, del mismo autor, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blach, 2017.

(12) Se entiende por algoritmo según Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el: «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema». En el caso de Eslife, el sistema informático de la empresa a través de un algoritmo asignaba el servicio a varios profesionales que reúnan los requerimientos profesionales y geográficos. En Uber el conductor está obligado a aceptar entre un 80 y un 90% de los viajes (dependiendo de la ciudad) para que el algoritmo no lo elimine de la plataforma. Al respecto puede verse, <http://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/sistemas-predictivos-cuando-tu-jefe-se-convierte-en-un-algoritmo>. Más extensamente, sobre la revolución que está suponiendo el uso de los algoritmos, *vid.* G. Dowek, S. Abiteboul, *Le temps des algorithmes*, Paris, Le Pommier, 2017.



prestadores. El cliente realiza el pago en una cuenta escrow, de tal forma que las cantidades abonadas quedan en depósito en una entidad bancaria⁽¹³⁾.

Los profesionales reciben de la empresa una contraprestación por los servicios desarrollados de la cual se descuenta un porcentaje por gastos de gestión de la misma. De la cantidad resultante, la empresa ordena dos veces al mes una transferencia a los prestadores de servicios por los trabajos realizados. Dicho abono solo se produce cuando la prestación de servicios se ha concluido y el cliente ha dado su conformidad a la referida prestación. Así mismo, ordena otra transferencia a favor de la empresa por el porcentaje correspondiente a todos los servicios realizados.

Un análisis de estas experiencias desde una perspectiva práctica pone sobre la mesa casos como los de Uber, Cabify, Blablacar, Eslife y otros en los que las dudas sobre la laboralidad de estas fórmulas han sido puestas de manifiesto por la Administración inspectora en nuestro país o, directamente, a través del debate ante los Tribunales en otros, como es el caso de Estados Unidos. Si bien es cierto que la forma de prestación de servicios posee singularidades que las separan de manera radical de los modos laborales tradicionales (algoritmos que deciden el ámbito de actuación, la posibilidad habilitada por la tecnología de recibir evaluaciones instantáneas y las tasas de rendimiento de los trabajadores, pagos a través de cuentas escrow, etc.), lo cierto es que subsisten factores que pueden hacer dudar del carácter encubierto de la relación laboral subyacente (existencia de códigos de comportamiento, exigencias de vestimenta adecuada, recepción de instrucciones y directrices internas de trabajo, o la determinación de un precio fijo por hora trabajada, entre otras).

En otros casos, las plataformas se limitan a poner en contacto a las personas que quieren prestar un servicio y aquellas que lo quieren recibir. No existe vínculo jurídico alguno entre los prestadores de servicios ni, por tanto, ningún tipo de intervención o mediatización por parte de la misma en el desarrollo, forma y modo de llevar a cabo el servicio. El prestador de servicios se pone en contacto directo con el receptor del mismo y es su mutuo acuerdo de voluntades el que determina el dónde, el cómo y el cuándo de dicha prestación. El ejemplo de las empresas de «marketplaces» o el de otras como BlaBlaCar representan una realidad diferenciada⁽¹⁴⁾.

(13) El contrato de «escrow» o «depósito del precio» puede ser definido como el depósito de dinero por dos o más partes a un tercero (agente de escrow), para ser usado solamente cuando las condiciones estipuladas por el depositante hayan sido cumplidas. El agente escrow se encarga de recibir el importe de la cuenta, comprobar el cumplimiento de la condición y entregar finalmente ese importe a quien corresponda. En compras a distancia (por ejemplo por Internet) se suele utilizar el escrow para asegurarse de que el bien será entregado y corresponderá a las especificaciones indicadas y a su vez, se pagará el precio.

(14) Sobre las singularidades de este caso, *vid.* A. GINÈS I FABRELLAS, S. GÁLVEZ DURAN, *Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*, InDret, 1/2016, pp. 27-30. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 2 de febrero de 2017 (Proc. 343/2015), ha venido a excluir implícitamente la laboralidad de los servicios prestados por esta empresa. Señala el citado pronunciamiento que las personas que comparten sus servicios “no están contratados por Blablacar, ni pertenecen a una empresa o a una industria dedicada a este fin. Son particulares que a su cuenta y riesgo se ofrecen a la plataforma buscando a personas que tengan interés en realizar ese mismo viaje y pagar, no en el sentido de pagar un canon o un servicio, sino de pagar, -en el fondo es el concepto del pago el que define la cuestión-, el coste de un viaje”. De lo que concluye que Blablacar



2. Repensando la figura del trabajador y construyendo las nuevas dimensiones del autónomo

Las anteriores realidades plantean desde una perspectiva estrictamente jurídica el problema técnico de si las nociones de dependencia y ajenidad son categorías susceptibles de acoger las nuevas formas de trabajo. La duda que emerge en la dogmática laboral de la sociedad postindustrial es la relativa a la adecuación de las referidas nociones a los nuevos modelos de producción. En esta nueva era se produce una neta mutación en la morfología del concepto clásico de trabajador. Autonomía, coordinación, participación son los rasgos diferenciadores de este momento frente a las clásicas de dependencia, subordinación y conflicto. Los valores cambian y también lo hacen los conceptos jurídicos sobre los que las realidades se asientan. En el trasfondo de la anterior idea está, en muchos casos, la marcada proximidad sociológica e, incluso, jurídica entre el trabajo por cuenta ajena y otras prestaciones susceptibles de ser encuadradas dentro del Derecho Civil o del Mercantil.

No obstante, la existencia de patrones interpretativos próximos a la hora de definir en los distintos ordenamientos lo laboral lleva a conclusiones similares en nuestra realidad y, como decíamos, en la comparada. En nuestro país, ha sido la Inspección de Trabajo la que viene desarrollando numerosas actuaciones en este sector sobre la base del fundamento laboral de este tipo de prestaciones basado en la «primacía de la realidad» según la cual la determinación de la existencia de una relación de trabajo es estar guiada por los hechos relacionados con el rendimiento real de trabajo y no sobre la base de cómo las partes describen la relación⁽¹⁵⁾. Significativa ha sido, no obstante, la respuesta que ante esta misma realidad se ha dado al caso de la empresa Uber en Estados Unidos y en el Reino Unido. En el caso *O'Connor v. Uber Technologies* de 11 de marzo de 2015, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California resolvió que existía relación laboral entre los conductores y la empresa Uber. Pero es importante poner de manifiesto que el Tribunal advierte que el test tradicional de laboralidad se desarrolló bajo un modelo económico muy diferente de la economía colaborativa («sharing economy») que supone importantes cambios. Así, numerosos factores que podrían ser reflejo de las nuevas realidades económicas (tales como la proporción de ingresos generados y compartidos por las respectivas partes, su poder relativo de negociación y el tipo de alternativas disponibles), no están incluidos en los criterios clásicos de definición de lo laboral. Por ello, se recomienda que el legislador o los tribunales revisen el test en el contexto de la nueva economía. Esta misma interpretación se ha mantenido en el Reino Unido por *Employment Tribunal of London* en su Sentencia de 26 de octubre de 2016, en el asunto *Aslam v. Uber*.

no es una empresa de transporte sino una “empresa tecnológica” que desarrolla una actividad propia de una sociedad de la información (Ley 34/2002).

(15) En concreto, un profundo análisis del caso Uber y la actuación de la Inspección de Trabajo en el mismo puede encontrarse en A. GINÈS I FABRELLAS, S. GÁLVEZ DURAN, *Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*, cit., pp. 27-30.



La propia Comisión Europea lo ha puesto de manifiesto en su informe «*A European agenda for the collaborative economy*», donde sobre la base de manifestar su claro apoyo a las plataformas de economía colaborativa, dirige a los Estados la competencia y, por qué no decirlo, la necesidad de que cada Estado miembro legisle en esta materia. «Las leyes laborales son competencia casi exclusiva de cada país, complementándose con unos estándares mínimos legales de la UE. Los Estados miembros puede que quieran considerar criterios como la relación de subordinación con la plataforma, la naturaleza del trabajo y la remuneración cuando decidan si alguien puede ser considerado un empleado de una plataforma».

Probablemente, el modelo de relación de trabajo clásico no resulte suficiente para dotar de cobertura jurídica a esta nueva realidad. Cobra por ello especial vitalidad la figura del trabajo autónomo. En esa necesaria reflexión deben tomarse en cuenta los modos y las formas en las que se presta el «work on-demand via apps». La plena independencia de las personas que prestan servicios, la prestación «just-in-time» y la compensaciones sobre una base «pay-as-you-go»; la concentración de la actividad en el desarrollo de «microtarefas»⁽¹⁶⁾, la creación de un marco de prestación enormemente flexible y que libera de condicionantes la prestación de servicios para otras empresas o, incluso la puesta en marcha de competiciones con las demás personas que trabajan simultáneamente en la misma tarea (first served base), representan una transformación de los patrones clásicos de dependencia.

La singularidad de estos nuevos modos de prestación de servicios cuestiona los moldes clásicos no solo de las fórmulas tradicionales de trabajo por cuenta ajena sino, incluso, las de trabajo autónomo tradicional. Se hace necesario reformular la concepción tradicional del trabajador autónomo e, incluso, demuestra su insuficiencia figuras como el autónomo económicamente dependiente, lo que pugna por hacer nacer fórmulas particulares y especiales de trabajo autónomo adaptadas a estos patrones de cambio. Nuevos espacios de regulación y, por ende, marcos jurídicos adaptados que doten de regulación a las especialidades propias de estas actividades tanto en el plano laboral como en el de la Seguridad Social.

Esta realidad que, como venimos señalando, trasciende el plano nacional ha dado lugar a propuestas que tratan de buscar soluciones adaptadas a esta realidad. Algunos autores proponen un estatus específico para los trabajadores independientes de la economía *gig* (*independent workers*), que no pueden ser considerados ni empleados (al trabajar solo cuando quieren) ni completamente autónomos (al fijar la compañía los precios y las condiciones de servicio). Este estatus incluiría derechos como la sindicación pero no otros como el salario mínimo, el seguro de desempleo o el pago de horas extras al ser los trabajadores los que deciden cuándo y dónde trabajar⁽¹⁷⁾.

(16) V. DE STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, Conditions of Work and Employment Series n.º 71, International Labour Organization, 2016, p. 2.

(17) S. HARRIS, A. KRUEGER, *A proposal for modernizing labor laws for the twenty-first-century work: the «independent worker»*, Policy Brief 2015-10, The Hamilton Project.



DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

La cobertura de esta nueva realidad en nuestra legislación por la formulación de relaciones especiales de trabajo autónomo adaptadas a esta «gig economy». Incluso en materia de Seguridad Social deben producirse importantes cambios. La figura del autónomo a tiempo parcial podría ser una respuesta. También debería reflexionarse sobre la experiencia francesa del «Plan Borloo» (destinado a crear empleo, facilitar la vida a los ciudadanos y evitar los pagos en dinero negro), que establece un práctico sistema que facilita la contratación de los servicios de un profesional por parte de particulares: el *chèque emploi service universal* (CESU); una interesante propuesta que se ha revelado de gran utilidad para la lucha contra el empleo sumergido⁽¹⁸⁾. También se hace necesario reflexionar sobre coste de la protección social para estos nuevos colectivos cuya actividad requiere tutela pero consciencia, como decimos, de su auténtica realidad. La tarifa plana para los autónomos ha sido en nuestro país un buen ejemplo de ese equilibrio.

Igualmente, los cambios deberían venir de la mano de una mayor liberalización de los mecanismos de acceso al mercado de las entidades empresariales que actúan en este mercado con controles administrativos a posteriori (declaraciones responsables) y desarrollo del principio de confianza social que lleve aparejado en caso de incumplimiento severas sanciones. Las anteriores fórmulas no deben ser entendidas con instrumentos de desregulación sino como instrumentos que favorezcan el crecimiento y desarrollo de esta economía a la que tampoco será ajena el desarrollo de nuevas fórmulas de autoorganización de los prestadores de servicios en este ámbito.

III. LA EMPRESA «PANÓPTICA»: CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y TÉCNICAS JURISPRUDENCIALES DE CONTROL

Los cambios tecnológicos no solo están incidiendo en la creación y reformulación de las formas tradicionales del trabajo por cuenta ajena sino que poseen una incidencia real e inmediata en el desarrollo de la actividad laboral de nuestros días e impulsan también la reflexión sobre el uso de herramientas jurídicas adaptadas a las situaciones de conflicto sobre las que se proyectan. Ciertamente, la idea de la empresa panóptica se hace cada vez más fuerte y los mecanismos de control y seguimiento empresarial adquieren nuevos contenidos y también nuevas dimensiones⁽¹⁹⁾. El Panóptico es el teatro en el que se representa la «ilusión de la vigilancia permanente», en el que los vigilados –los prisioneros en el diseño arquitectónico trazado por el utilitarista inglés– «no están realmente bajo una vigilancia constante sino que simplemente piensan o imaginan que lo están». En palabras de Foucault, la idea de Bentham consistía en una «tecnología

(18) Al respecto, C. ARAGON GOMEZ, *Propuestas de reforma legislativa, en materia de Seguridad Social, para hacer emerger el trabajo autónomo irregular. (Ventajas de la incorporación al ordenamiento español de la experiencia francesa del CESU)*, Doc. Labor, 2016, n.º 107,- pp. 116-118.

(19) La concepción panóptica de la empresa se apunta en el trabajo de R. WHITAKER, *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*, Barcelona, Paidós, 1999. Su proyección en la realidad laboral puede verse en J.R. MERCADER UGUINA, *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?*, RL, 2001, n.º 10, pp. 11 a 31.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

política» que induce al sujeto a un «estado de conciencia y visibilidad permanente que aseguran el funcionamiento automático del poder»⁽²⁰⁾.

La incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas convierte esta sociedad en una nueva sociedad transparente que no puede prescindir de un trabajo, también, «transparente». La sombra del Big Brother orwelliano de su 1984 ha sido vista cerniéndose amenazadora sobre nuestra sociedad tecnologizada; un mundo que hasta hace bien poco moraba, tan sólo, en el onírico entorno de la imaginación literaria. El control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el control informático de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet; el impacto de las redes sociales o, en fin, la enorme proyección que sobre lo laboral comienzan a tener las técnicas del Big Data, conforman una realidad en permanente transformación en la que la vigilancia empresarial se ha convertido en algo más impersonal, pero no por ello menos invasivo⁽²¹⁾.

En este contexto, el debate sobre la dignidad personal y los derechos de la persona alcanza un lugar fundamental en la medida en que se convierten en el contrapeso necesario de un escenario tan limitativo de la autonomía de la persona. Esta nueva dimensión se conecta con el proceso de individualización que vive nuestro sistema de relaciones laborales. La función del contrato de trabajo observa, en los últimos tiempos, un resurgimiento sobre nuevos fundamentos quizá menos ajustados a los modos tradicionales de concebir la actuación de la autonomía de la voluntad en este sector del ordenamiento jurídico. Este proceso representa «una revalorización del perfil subjetivo en el contrato de trabajo»⁽²²⁾, que conecta de forma directa e inmediata con la revalorización de los derechos fundamentales en su seno. La transformación tecnológica tiene como una de sus consecuencias el acentuar la importancia de los derechos personalísimos en la esfera individual.

Estas nuevas realidades obligan a un permanente equilibrio entre los derechos fundamentales en juego. De este modo, cuando nos preguntamos por el alcance de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, nos estamos refiriendo a una permanente y continua confrontación entre los derechos fundamentales de alcance laboral (intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos) y el derecho a la libertad de empresa. La anterior idea lleva, descartando jerarquías formales, a buscar, necesariamente, un ajuste material entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa, lo que impone un intento de conciliar prácticamente el principio de adecuación de los derechos fundamentales a los fines prefijados constitucionalmente con una interpretación abierta de tales fines que permita su adaptación a las particulares

(20) Las citas de J. BENTHAM, *El panóptico*, Madrid, Eudymion, 1989 y M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 1998.

(21) F.J. CAVICO, *Invasion of privacy in the private employment sector: tortious and ethical aspects*. Houston Law Review, 1993, v. 30, pp. 1263-1346, espec. pp. 1284-1292, que realiza una sugerente reflexión sobre los fundamentos kantianos y utilitaristas que sirven de base a los razonamientos en esta materia.

(22) G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel Diritto del Lavoro*, PD, 1986, n.º 1, p. 124.





DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

circunstancias derivadas de la dinámica social. La técnica para alcanzar dicho resultado viene de la mano del principio de proporcionalidad.

Mucho se ha escrito y debatido en los últimos años sobre el alcance y contenido de este método de aplicación del derecho⁽²³⁾. La propia definición de qué deba de entenderse por «ponderación» plantea indudables problemas y nos remite a una «metáfora, una imagen en la que los elementos en conflicto son puestos en una “balanza” a fin de determinar cuál de ellos “pesa” más»⁽²⁴⁾. Aplicando este símil al razonamiento jurídico, «lo que une a ambas formas es la supuesta capacidad del juzgador para determinar el pretendido peso específico de los derechos en conflicto empleando una imaginaria balanza»⁽²⁵⁾. La realización de tal proceso impondrá la ponderación y balance de los intereses en juego, buscando hallar el «peso específico» de cada interés partiendo, no obstante, de la indubitada premisa de que el equilibrio alcanzado no se encuentra siempre (quizá nunca) en el término medio, puesto que los valores pueden no tener el mismo peso, de manera que el equilibrio se encontraría en un punto más próximo a un extremo que a otro; el equilibrio no consiste, pues, en que cada uno ceda «lo mismo».

El juicio ampliado de proporcionalidad creado por la doctrina constitucional para proyectarlo en el ámbito laboral⁽²⁶⁾, ha servido como instrumento de solución de los conflictos jurídicos planteados sobre problemas tales como: el alcance y límites de los sistemas de vídeo-vigilancia permite la captación y grabación en un soporte físico de la imagen mediante sistemas diversos como circuitos cerrados de televisión, grabación por dispositivos webcam, digitalización de imágenes o instalación de cámaras; los límites al establecimiento empresarial de GPS (Global Positioning System), esto es, de sistemas de geolocalización que se pueden insertarse en vehículos de empresa, teléfonos inteligentes o Smartphones, Tablet y otros dispositivos, permitiendo determinar la ubicación de un vehículo y del trabajador en todo momento; o, en fin, en el acceso a internet, el uso del correo electrónico⁽²⁷⁾.

(23) De gran interés son las reflexiones de L. PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003. Desde la perspectiva laboral, I. GARCIA-PERROTE y J. R. MERCADER UGUINA, *Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio*, en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 249 a 272.

(24) D. MARTINEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 155. Más recientemente, J. A. Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

(25) El ejemplo y la cita pertenecen a D. MENDONCA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 60.

(26) Es importante tener presente que en el ámbito laboral el citado juicio que incorpora elementos adicionales a la conformación clásica para adaptarse a la peculiaridad que supone proyectar su uso sobre las relaciones entre particulares. En ellos la exigencia de “justificación empresarial del control”, para evitar la arbitrariedad del actuar empresarial se une a los subprincipios clásicos de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para un estudio en profundidad del principio de proporcionalidad bajo su formulación alemana, *vid.*, M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996; también, C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2003.

(27) La literatura laboral sobre esta materia es amplísima, recientemente un resumen sobre el estado de la cuestión puede verse en J.M. GOERLICH, *Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno*





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

La adaptación de las técnicas de interpretación jurídica a estas nuevas realidades de geometría variable hace nacer también criterios «standard». Buen ejemplo de ello es el criterio de «*expectativa razonable de intimidad*» construido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que ha sido incorporado por nuestro Tribunal Supremo en el análisis de los problemas vinculados al control del material informático facilitado por la empresa como herramienta de trabajo⁽²⁸⁾. Esta forma de afrontar por los Tribunales los supuestos complejos no es, desde luego, nueva. Mediante la aplicación de estándares, se aproxima el Derecho a la idea de justicia, haciéndose más borrosa la línea de demarcación entre los campos de producción normativa y la aplicación e interpretación de la norma. Por eso, se ha dicho que los estándares son «*nociones críticas del Derecho en la medida que obligan a aventurarse en zonas difíciles donde el derecho cruje*»⁽²⁹⁾.

En todo caso, no solo son la intimidad o el secreto de las comunicaciones los valores constitucionales en juego. El fenómeno del internet de las cosas, el cloud computing o el big data son tecnologías disruptivas, que están revolucionando la forma en la que funciona nuestro mundo. Y con estas tecnologías, los datos se convierten en el activo máspreciado. El big data es el conjunto de tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos provenientes de fuentes dispares, con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que proporcione valor. Existen características de la relación laboral que dan trascendencia al tratamiento de datos y que convierten a la misma en especialmente sensible a los peligros derivados de la informática: su perdurabilidad, que hace importante la conservación de datos; su carácter personal, que hace más complejo el tipo de datos a considerar; la diversidad de escenarios para los que pueden ser relevantes; y, en fin, el número de trabajadores tan elevado a los que se requiere información. El reciente Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) pone de manifiesto esta realidad.

Por otro lado, esta nueva realidad exige nuevos sistemas de representación: redes de información sindical o periódicos electrónicos. La «nueva cultura ciudadana de la comunicación» deberá extender al ámbito sindical los telerreferendums, telerreuniones, teleasambleas, teletablers, aplicaciones de la tecnología corriente que deben ser derivadas hacia la acción sindical y utilización plena de los derechos de información de los trabajadores. Como han recordado varios pronunciamientos judiciales, «la introducción en las empresas de medios de comunicación electrónicos en paralelo a los tradicionales o en sustitución de los mismos ha derivado en frecuentes litigios sobre los derechos de los trabajadores en tales nuevos contextos de organización. Las primeras respuestas

tecnológico: inquietudes y paradojas, en AA.VV., *El derecho a la privacidad en nuevo entorno tecnológico*, Madrid, CEC, 2016, pp. 123-150.

(28) Véase su reciente aplicación en la STEDH de 12 de enero de 2016, asunto *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08, el TEDH considera que no hay violación del art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia) CEDH, en línea con la doctrina restrictiva también asumida por nuestros Tribunales nacionales, tanto Supremo, como Constitucional (en cuya última STC 39/2016 cita precisamente este mismo caso).

(29) S. RIALS, *Les standards, notions critiques du droit*, en AA.VV., *Les notions a contenu variable en droit*, Bruselas, E. Bruylant, 1984, p. 45.





DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

judiciales a tales conflictos mostraron cierta incertidumbre en cuanto al conocimiento del verdadero alcance de las modificaciones que esa nueva forma de relación produce en el entorno laboral»⁽³⁰⁾. En la actualidad, tras la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, se han asentado unos principios básicos en esta materia que «se fundamentan en la ponderación del reconocimiento del derecho a la acción sindical en el entorno de comunicación electrónica, pero siempre ponderando los intereses en juego con los que exige la organización empresarial y el coste que el ejercicio de dicho derecho puede tener para la empresa».

El derecho fundamental de huelga también queda sujeto a restricciones tecnológicas. Como decía Sun Tzu: «El arte de la guerra no tiene una forma constante, lo mismo que el agua no tiene contornos». La relativa independencia, en determinados sectores industriales y de servicios, del funcionamiento del proceso productivo respecto del trabajo de una parte significativa de la plantilla, permite que muy pocos trabajadores puedan poner en marcha la producción con independencia de la mayoría de la plantilla de la empresa. Nuevas formas de «esquirolaje virtual» están en camino: huelgas en retransmisiones televisivas, en programas radiofónicos en los que se utilizan grabaciones efectuadas con anterioridad y son transmitidas sin intervención de persona alguna, o en huelgas de teletrabajadores, pudieran ser un buen caldo de cultivo. En suma, las máquinas no pueden ser convencidas para que se adhieran a una huelga⁽³¹⁾. Pero, si cambian las formas de conflicto empresarial, también lo hacen las utilizadas por los trabajadores. Hace unos años, durante las negociaciones para la renovación del convenio colectivo interno de IBM Italia decidió organizar la primera protesta virtual de la historia en Second Life, con la ayuda de UNI. Ya no es infrecuente el uso de «YouTube» para las reivindicaciones laborales.

IV. LAS NUEVAS FORMAS DE PRODUCCIÓN: LA ROBOTIZACIÓN Y EL IMPRECISO LÍMITE ENTRE LO NATURAL Y LO ARTIFICIAL

1. ¿Seguirán los humanos el mismo camino que los caballos?: innovación tecnológica y el empleo

Schumpeter señalaba con acierto que «la innovación y la tecnología juegan un papel primordial como motores del crecimiento económico»⁽³²⁾. Clásicamente, la innovación se asocia a la tecnología y aunque la innovación va mucho más allá, lo cierto es que en estos momentos el progreso tecnológico posee un indudable protagonismo. Desde una perspectiva económica, la innovación puede proyectarse sobre los productos o sobre

(30) Como resume la SAN de 10 de octubre de 2014 (R.º 207/2014).

(31) Como recuerda A. BAYLOS GRAU, *Formas nuevas y reglas viejas del conflicto social*, RDS, 1998, n.º 2, p. 67.

(32) Un detenido análisis de las ideas de desarrollo e innovación en el pensamiento de Schumpeter puede hallarse en X. VENCE DEZA, *Economía de la innovación y del cambio tecnológico*, Madrid, Siglo XXI, 1995, pp. 106-143.



los procesos operativos o comerciales o, incluso, podemos hablar de innovaciones organizativas. Los estudios empíricos indican en general que la innovación en productos genera empleo mientras que la innovación en proceso destruye empleo.

La industrialización –siendo un proceso de innovación de proceso– ha generado en los países más avanzados un aumento importante de la productividad y por ende ha permitido en estos países un nivel de vida antes impensable. Pero este aumento de productividad ha conllevado de forma ineludible un efecto negativo sobre la cantidad de empleo en los sectores donde se aplican estas innovaciones de proceso. El economista Vassily Leontief afirmó que «el papel de los seres humanos como factores más importantes de la producción queda disminuido de la misma forma que inicialmente el papel de los caballos en la industria agrícola, para luego ser eliminados por la introducción de los tractores»⁽³³⁾. Por ello, concluía, que «alegar que los trabajadores desplazados por las máquinas encontrarán necesariamente empleo en la construcción de dichas máquinas no es mucho más sensato que considerar que los caballos desplazados por los vehículos mecánicos pueden ser empleados directa o indirectamente en distintos sectores de la industria automotriz».

La incorporación de nuevos procesos tecnológicos lleva no solo a una pérdida de empleo sino también produce un segundo efecto: la «polarización de la ocupación»⁽³⁴⁾. Esto es, la pérdida progresiva de puestos de trabajo en los sectores con salarios medios. Una de las principales teorías para explicarlo viene, precisamente, de la mano de la incorporación de las nuevas tecnologías. Las mismas han disminuido la demanda de trabajadores que realizan tareas rutinarias que pueden ser mecanizadas fácilmente (unas ocupaciones que se sitúan mayoritariamente en esta banda salarial), a la vez que ha incrementado la demanda relativa de los puestos de trabajo que mantienen una cierta ventaja sobre la tecnología, ya sea porque precisan de mayor creatividad o porque requieren habilidades manuales o interpersonales (y que se sitúan, respectivamente, en la banda salarial alta y en la baja).

En el momento actual, las características de la sociedad postindustrial con la intensificación de los procesos de automatización, incorporación de nuevas tecnologías, etc..., ejercen en sí mismas –como factor de base objetiva de aumento del desempleo– una fuerza de expulsión de mano de obra y una reducción de la fuerza de trabajo necesaria en la producción. A medida que la economía lentamente se reactiva, este componente de desempleo tecnológico puede pesar más de la cuenta: muchos puestos de trabajo que se destruyeron ya no volverán jamás; serán sustituidos por máquinas más eficientes. La cualificación profesional resulta, en este escenario, un factor fundamental que puede actuar como barrera o desincentivo al desempleo.

Aunque en la literatura económica también encontramos escenarios menos pesimistas en los que se concluye que en estos procesos a menudo se crean nuevos roles de trabajo que emergen para desarrollar y mantener la nueva tecnología. La

(33) En la cita de J. RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 26.

(34) Al respecto, CES, *Informe sobre competencias profesionales y empleabilidad*, Madrid, CES, 2015, p. 24-30.



DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

mecanización de la agricultura expulsó a millones de trabajadores del campo, que encontraron trabajo en la industria. Luego la automatización desplazó a los trabajadores de la industria, que encontraron empleo en el sector servicios, en empleos que hace 40 años eran en muchos casos inimaginables, desde profesores en el gimnasio a «coaches de mindfulness». Lo más probable es que esto siga sucediendo, es decir que la economía dinámicamente genere nuevos empleos y nuevas necesidades a medida que hay exceso de trabajadores en algunos segmentos. Además, muchos empleos simplemente nunca se automatizarán: bomberos, fisioterapeutas, ortodontistas y se crearán otros nuevos: científico de datos, programadores, consultor de sistemas de *big data*, diseñador de móviles, programador Apps móviles; técnico de redes telemáticas; community manager; cybersecurity expert, etc.

La gran cuestión es si estos nuevos puestos de trabajo se crean con la suficiente rapidez para reemplazar los puestos de trabajo perdidos. El Foro Económico Mundial sobre el futuro del trabajo advierte de que, entre los años 2015 y 2020, la digitalización de la industria puede conllevar la desaparición de 7,1 millones de puestos de trabajo y la creación de 2,1 millones de nuevos empleos. Los expertos de CaixaBank Research pronostican que «un 43 % de los puestos de trabajo actuales en España tienen un riesgo elevado de ser automatizados a medio plazo».

2. Un ejemplo del cambio tecnológico y su impacto en el trabajo: las impresoras 3D

El «trabajo» y el «trabajador»⁽³⁵⁾ de la era de la técnica adquieren una morfología singular en esta era. Las nuevas tecnologías transforman la percepción del trabajo y pueden contribuir a la transformación de los modos de prestación de servicios, reformulando, en línea con lo que señalábamos en páginas anteriores, el papel del trabajo autónomo. Buena muestra de esta tendencia viene de la mano de la progresiva expansión de las impresoras 3D cuyas características y forma de producción podrían dar a la formación de un nuevo artesanado.

La lucha del artesano con las máquinas se remonta a las páginas de la Enciclopedia de Diderot. La artesanía es, pues, la resistencia silente de la creación humana pues todas las habilidades, incluso las más abstractas, empiezan como prácticas corporales; la comprensión técnica se desarrolla a través del poder de la imaginación. En una época de transformación tecnológica, la vuelta a la creación paciente del ser humano a la individualización de las creaciones y a la huida de la rutina de la producción en masa puede ser una respuesta al desafío de la robotización. Quizá esta nueva realidad lleve consigo el nacimiento de un “neogremialismo”.

(35) Un trabajador esperemos que alejado de la noción que construyera E. JUNGER, *El trabajador, Dominio y figura*, Barcelona, Tusquet, 1990. El trabajador es la figura resultante del proceso de depuración del hombre por la técnica y que daba lugar a un nuevo «Estado de trabajo», un Estado autoritario e hiperjerarquizado que debía gobernar a los trabajadores soldados. En ese Estado, cada individuo es un trabajador, y la técnica «es el modo y manera en que la figura del trabajador moviliza el mundo» (p. 147). El trabajo, además, no es solo la participación en el proceso productivo, el tiempo libre forma parte de aquél pues «el espacio de trabajo es ilimitado, de igual manera que la jornada de trabajo abarca veinticuatro horas. Lo contrario del trabajo no es acaso el descanso o el ocio; no hay, desde este ángulo de visión ninguna situación que no sea concebida como trabajo» (p. 91)





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Pues lo cierto es que las impresoras 3D permiten un trabajo «sin moldes», personalizado y basado en el negocio «long tail»⁽³⁶⁾. La misma impresora puede fabricar varios modelos de un mismo producto e, incluso, productos distintos realizados con un mismo material (por ejemplo, una pieza de un coche o de un grifo) durante el mismo periodo de tiempo o ciclo de producción. Permite conseguir diseños exclusivos y adaptados a las necesidades de cada cliente: basta con retocar el archivo digital que contiene la representación del modelo tridimensional que se desea imprimir (blueprint) para modificar el producto que sale de la impresora. El modelo de negocio se basa en el concepto de la «larga cola» (long tail), caracterizado por la abundancia de productos distintos dentro de una misma categoría. La impresión 3D va a aumentar este efecto: permite tener stocks digitales de productos en lugar de stocks físicos, reduciendo así significativamente el capital circulante y acercando el stock virtual al consumidor final (por ejemplo, Amazon y DHL están considerando el uso de impresoras 3D en sus centros de distribución).

3. La robótica y el empleo

3.1. ¿Se cumplirá la profecía de Keynes?

En una conferencia pronunciada en la Residencia de Estudiantes de Madrid, John Maynard Keynes, a pesar de su desinterés por el largo plazo, pronosticó que, como consecuencia del incremento de la productividad, nuestra jornada laboral no se extendería más allá de las 15 horas semanales a partir de 2030. En su conferencia “Las posibilidades económicas de nuestros nietos” prefiguró un escenario en el que sería posible un capitalismo acorde con una manera de “vivir dignamente, sabiamente y bien” en el orden económico y moral. Un mundo con menos horas de trabajo laboral, con predominio del tiempo libre creativo y si diferenciales en la distribución de la renta. Este sueño del capitalismo reformado no tuvo en cuenta el impacto de la robotización.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, un robot es la «máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas. Se define al robot como «un dispositivo autónomo o semiautónomo que realiza sus tareas bajo control humano directo, control parcial u supervisión humana o de forma completamente autónoma». El desarrollo del grado de autonomía hace de la automatización robótica actual algo diferente de ejemplos históricos, tales como la sustitución de los tejedores con telares. Algunas de estas máquinas pueden funcionar durante largos períodos de tiempo sin control humano, lo que presagia el surgimiento de una innovación en los procesos y un desarrollo de la productividad. Los robots, al igual que otros tipos de automatización, pueden convertirse complementos necesarios y, en muchos casos, sustitutos de la mano de obra convencional. La preocupación por los efectos de la robotización en los mercados de trabajo y, particularmente, en Estados Unidos se pone de manifiesto en el *Economic report of the President* de 2016 en el que se dedica un largo y profundo apartado a esta cuestión.

(36) Las ideas siguientes proceden de M. SACHON, *Impresión 3D: La digitalización de la fabricación*, Revista de Antiguos Alumnos del IESE, 2016, n.º 141, pp. 26-29.





DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

La literatura más antigua acerca de la automatización puede dar algunas pistas sobre cómo los robots afectarán a puestos de trabajo en el futuro. Algunos autores argumentan que los llamados puestos de trabajo de cualificación media son los que encuentran un riesgo mayor de ser desplazados. Estos trabajos, que han incluido históricamente contables, oficinistas, y ciertos trabajadores de las líneas de montaje, son relativamente fáciles de convertir en rutina. Esto dará lugar a que los trabajadores menos cualificados se encuentren abocados a desarrollar actividades con un más bajo nivel de competencias, lo que se traducirá, en el medio y largo plazo, en menores salarios y en unas mayores posibilidades de perder su empleo. Por el contrario, empleos altamente cualificados que implican las capacidades de resolución de situaciones, la intuición y la creatividad, y tareas que se realizan «en persona» y que precisan de ciertas destrezas y habilidades de comunicación social flexible para una mejor prestación de servicios (atención, trato, etc...), son más difíciles de convertir en rutina. Algunos autores señalan que los robots y la informatización no han sido capaces históricamente de replicar o automatizar estas tareas.

Los grandes volúmenes de datos y aprendizaje automático harán que sea posible automatizar muchas tareas imposibles en el pasado. En un estudio específico sobre los robots y los puestos de trabajo demostró que en las industrias con niveles altos de densidad de robots los trabajadores de baja calificación trabajaban un número menor de horas⁽³⁷⁾. Si bien la robótica puede afectar a los sectores industriales de la economía de manera diferente, también es probable que afecte ocupaciones dentro de estos sectores de forma diferente.

Una de las manifestaciones de la interacción de diversos procesos robóticos es la Inteligencia Artificial. ¿Son los vehículos autónomos, los autoservicios quioscos, los robots de almacén y los superordenadores los precursores de una ola tecnológica de progreso que finalmente va a barrer los seres humanos fuera de la economía? Para Leontieff, la respuesta fue afirmativa: «El papel de los seres humanos como el factor más importante de la producción está destinada a disminuir en la misma manera que el papel de los caballos fue el primero disminuido y luego eliminado». Pero los seres humanos, por fortuna, no son los caballos por lo que seguirán siendo una parte importante de la economía. Incluso si el trabajo humano se convierte en menos necesario, los seres humanos, a diferencia de los caballos, podrán impedir llegar a ser económicamente irrelevantes⁽³⁸⁾.

3.2. «Tú eres mi creador, pero yo soy tu dueño»⁽³⁹⁾: los interrogantes jurídicos de la era posthumana

El creciente protagonismo de la robótica es un hecho y las reflexiones anteriores lo ponen de manifiesto. Bien es verdad que las mismas se centran en su potencial impacto en el

(37) G. GRAETZ, G. MICHAELS, *Robots at Work*, Centre for Economic Performance Discussion Paper No. 1335, London School of Economics, 2015.

(38) Las citas corresponden a E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *Will Humans Go the Way of Horses? Labor in the Second Machine Age*. <https://www.foreignaffairs.com/articles/2015-06-16/will-humans-go-way-horses>

(39) MARY W. SHELLEY, *Frankenstein o el moderno Prometeo*, Barcelona, Literatura Randon House, 2015, p. 259.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

empleo y en la significación que pueda tener como amenaza para el mercado de trabajo global. Pero lo cierto es que la disrupción creada por las nuevas formas de robótica abre un sinfín de dudas e interrogantes que afectan a múltiples aspectos jurídicos algunos de los cuales poseen una indudable proyección en el campo laboral.

Surgen cuestiones tales como las obligaciones de los trabajadores respecto de los robots humanoides y las posibles sanciones en caso de agresión o destrucción, la posibilidad de atribuir derechos o incluso personalidad a entidades que no son humanas en ciertos casos, lo que nos llevaría a una reformulación y adaptación de ideas como la de la personalidad jurídica. Incluso existe una propuesta de resolución de la comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo con recomendaciones para que la Comisión Europea establezca una normativa de Derecho Civil a los diferentes tipos de robots que ya son una realidad, desde drones hasta robots asistenciales, médicos y vehículos autónomos, y los que se desarrollen en el futuro⁽⁴⁰⁾. En su exposición de motivos, la ponencia toma en consideración que «entre las cuestiones que suscitan preocupación, se halla también la de la seguridad física, en caso, por ejemplo, de que la programación de un robot falle, así como la de las posibles consecuencias de un fallo del sistema o de ataques informáticos contra robots interconectados y sistemas robóticos en un momento en el que empiezan a usarse, o están a punto de usarse, aplicaciones cada vez más autónomas, ya sea en relación con automóviles y drones, robots asistenciales o robots utilizados a fines policiales y de mantenimiento del orden público». En el nivel actual de desarrollo de los diferentes tipos de robots, resulta procedente, en opinión de los juristas del Parlamento, «empezar por las cuestiones de responsabilidad civil». En la ponencia presentada, se aboga por crear una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos «puedan ser considerados personas electrónicas con derechos y obligaciones específicos, incluida la obligación de reparar los daños que puedan causar».

Noticias tales como «Un robot opera sin doctor (Los artífices de este nuevo robot consideran que al eliminar la intervención humana de la ecuación quirúrgica, se reducen las complicaciones y mejora la seguridad y eficacia de las intervenciones de tejidos blandos)»; «Robots colaborativos, nuestros nuevos compañeros»; «Un robot mata a un trabajador en una planta de Volkswagen en Alemania», unidas a preguntas como: «¿equivale la agresión a un robot a la realizada a un compañero de trabajo?»; «¿tendremos jefes robots?»; «¿los Directores de Recursos Humanos seremos gestores de robots?», ponen sobre la mesa un futuro incierto y que requiere de una profunda reflexión.

Lo cierto es que, mientras respondemos a nuestras dudas, la realidad sigue adelante sin esperar la respuesta. El automóvil de Google está destinado al transporte urbano individual en distancias cortas, Volvo también está desarrollando camiones sin conductor en el marco del proyecto SARTRE de la Unión Europea (Trenes de carreteras seguros para el medio ambiente). Este sistema de piloto de autovía revalorizará de manera significativa el perfil profesional de los conductores. Les evitará la realización

(40) Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), de 27 de enero de 2017, en el que se solicita a la Comisión que presente una propuesta de Directiva relativa a las normas de legislación civil en materia de robótica.





DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

de tareas monótonas y les ofrecerá más tiempo para llevar a cabo tareas que antes eran realizadas por los oficinistas de las compañías de transporte. Es decir, «los conductores podrán acceder a nuevos cargos de gestores de transporte, lo que hará más atractiva su profesión. De esta manera, la conducción autónoma podría contribuir a solucionar la carencia de conductores de camiones»⁽⁴¹⁾.

En este contexto, la respuesta social a estos cambios nos retrotrae a la primera de las revoluciones industriales: el luddismo. El movimiento luddita rechazaba, a través de la destrucción de las fábricas que consideraba prisiones y del rechazo del trabajo asalariado que presentían como una nueva forma de esclavitud, el porvenir sin plantear alternativas. Este modo de pensar escenifica lo que ha calificado el filósofo francés Onfray como la política del rebelde⁽⁴²⁾. Los «espectros de Ludd»⁽⁴³⁾ adquieren nuevos perfiles en la actual sociedad tecnológica pues la negación de la evidencia sigue y seguirá constituyendo una reacción propia del género humano, incluso, en la era de lo posthumano⁽⁴⁴⁾. La imparable marcha de los robots podría provocar una alteración del mercado de trabajo pero una reacción luddita no lo evitará. Por el contrario, el entorno en el que se produzca este cambio y cómo reaccionen los actores influirán en el alcance y la manera en que se materialice este potencial de crecimiento, sobre todo a corto plazo.

V. ¿SOPORTARÁ NUESTRO MODELO DE TRABAJO LA DISRUPCIÓN DIGITAL?

1. Empleo débil y precariedad sistémica, dos señas de identidad de un mercado de trabajo incierto

Una de las manifestaciones centrales de la defensa de la vida es el trabajo que el hombre realiza, en unión de otros hombres, para asegurar el mantenimiento y la reproducción física de la especie humana⁽⁴⁵⁾. El trabajo es, pues, un factor esencial vinculado a la naturaleza humana cuya lógica y función varía en cada escenario. «El trabajo se impone en todas partes como un ideal superior, una ley moral imperativa del hombre y del ciudadano»⁽⁴⁶⁾. Ciertamente, «exaltando el actuar bajo su forma más amplia, éste ha pasado los límites del mundo y del tiempo de trabajo»⁽⁴⁷⁾, el actuar siempre y en todo lugar es el modo de ser social.

(41) H. VON ROHLAND, *El futuro del trabajo. De camionero a gestor del transporte*, Trabajo. La Revista de la OIT, 2015, p. 9

(42) M. ONFRAY, *La política del rebelde. Tratado de resistencia e insumisión*, Madrid, Anagrama, 2011, p. 282, quien no duda en afirmar que: «en estos tiempos sombríos harían falta el espíritu y la acción de nuevos ludditas, cuya voluntad de fuego furioso suscribiría yo de muy buen grado...».

(43) J. VAN DAAL, *La cólera de Ludd*, Logroño, Pepitas de Calabaza, 2015, pp. 291.

(44) Como la ha calificado, R. BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, Barcelona, Gedisa, 2015.

(45) Como decía MARX, «el primer acto por el cual los hombres se distinguen de los animales no es que piensan, sino que se ponen a producir sus medios de existencia», en la cita que reproduce J. BAUDRILLARD, *El espejo de la producción*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 18.

(46) G. LIPOVETSKY, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Barcelona, Anagrama, 1998, p. 173.

(47) P. SANSOT, *Del buen uso de la lentitud*, Madrid, Tusquets, 1999, p. 31.



Aunque Simon Weil había escrito que «la civilización más plenamente humana sería la que situara el trabajo manual en su centro, aquella en la que el trabajo manual constituyera el valor supremo»⁽⁴⁸⁾, lo cierto es que la decadencia del trabajo manual y el progreso de la técnica es una realidad. Y ello porque aunque, como hemos visto, desde una perspectiva optimista, el incremento de la productividad que estos sistemas llevan consigo pueden conllevar a una fase de desarrollo y, por tanto, de pleno empleo y bienestar social; una lectura menos positiva nos lleva a pensar que la introducción de tecnologías intensivas en el proceso de trabajo puede constituirse en una fuente de destrucción de puestos de trabajo en un momento en que el desempleo alcanza niveles muy elevados. Es éste, precisamente, el escenario al que asoma de forma inquietante el proceso de «disrupción tecnológica» al que nos enfrentamos y que nos obliga necesariamente a repensar la idea tradicional de trabajo. Probablemente a través de estos nuevos sistemas estemos pasando, como se ha dicho, del «outsourcing al botsourcing»⁽⁴⁹⁾.

No obstante, los condicionantes de nuestros actuales mercados de trabajo pueden producir un efecto de ampliación en el impacto que la tecnología pueda tener en el empleo y en su proyección negativa: el desempleo. Ciertamente es que el debate sobre las causas del desempleo adopta formas y modos distintos en cada período histórico en función de los factores sociales y económicos de cada momento en cada país⁽⁵⁰⁾, sin que por ello quepa alcanzar conclusiones generales. Pese a ello, sí existen ciertos rasgos que pueden dotar de cierta homogeneidad a nuestras conclusiones a la hora de abordar la sociedad laboral sobre la que se proyectan los cambios y transformaciones que hemos venido analizando.

Ciertamente, la precariedad ha venido a configurarse como una característica civilizatoria⁽⁵¹⁾, en la que el empleo débil aparece como una característica diferenciadora de las sociedades modernas. La precariedad, se ha dicho, «puede ser descrita en su sentido más amplio, como la inseguridad y vulnerabilidad, la desestabilización y la puesta en peligro»⁽⁵²⁾, por lo que ha venido a convertirse en un factor existencial que añade a la incertidumbre propia de la propia vida la que se genera como consecuencia del propio devenir social y laboral. Los factores que activan esta realidad son múltiples pero los más consolidados en los análisis vinculan esta realidad con la temporalidad en el empleo.

Pero también se insertan dentro de esta lógica realidades como la del paro de larga duración que traza fuertes nexos de unión con los cambios tecnológicos. Y ello porque la persistencia en el paro está causada, según una inicial explicación económica, por una pérdida de cualificaciones profesionales durante recesiones prolongadas y la subsiguiente

(48) S. WEILL, *Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 125.

(49) A. WAYTZ, M. I. NORTON. *Botsourcing and Outsourcing: Robot, British, Chinese, and German Workers Are for Thinking-Not Feeling-Jobs, Emotion*, 2014, n.º 2, pp. 434-444. Puede encontrarse en <http://www.hbs.edu/faculty/Pages/>

(50) R. LAYARD, S. NICKELL, R. JACKMAN, *La crisis del paro*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 20.

(51) En relación con la precariedad laboral, existe una amplia literatura pero a mí me ha resultado especialmente sugerente la lectura del libro de G. STANDING, *The precariat. The new dangerous class*, Bloomsbury, 2011. La idea del empleo débil que incidentalmente aparece en nuestras páginas procede del clásico de L.E. ALONSO, *Trabajo y posmodernidad: el empleo débil*, Fundamentos, 2000

(52) I. LOREY, *State of insecurity. Government of the precarious*, London, Verso, 2015, p. 10.



DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

escasez de capital humano. La probabilidad de obsolescencia en los conocimientos de los trabajadores que sufren situaciones prolongadas de paro es, obviamente, mayor en una época de cambios radicales en la tecnología como la que estamos viviendo.

El anterior dato se recrudece cuando el mismo se proyecta sobre trabajadores de edad madura. La constante innovación tecnológica hace que queden rápidamente desfasadas las soluciones formativas adoptadas en las empresas con vistas al reciclaje del personal a corto plazo, lo que, en situaciones de paro prolongadas, conduce inevitablemente a una notable obsolescencia profesional. Por otra parte, el trabajador maduro, pese a su experiencia, deja de ser una inversión para la empresa y se convierte en una carga. Concurren aquí, de un lado, razones tecnológicas, que motivan un incremento de los costes de adaptabilidad, resultando la inversión en formación de un trabajador maduro más costosa que en los jóvenes, por cuanto su permeabilidad a las enseñanzas es más lenta, al margen de la fuerte inadaptación al nivel profesional exigido derivada de la reducción de capacidad mental y física; y, de otro, razones económicas –la caída en desuso de los conocimientos que poseía el trabajador– con lo que la devaluación de estos trabajadores es constante.

Figuras como la de los «permanentes inempleables», subrayan esta idea. Bajo la misma se incluye a aquellas personas formadas pero con ninguna posibilidad de encontrar un empleo. Este desempleo estructural ha sido concebido como una forma de explotación, pues se ha entendido que también lo son aquellos a los que se les impide estructuralmente entrar en el vórtice capitalista de explotación del trabajo asalariado: «Los explotados no son solo aquellos que producen o “crean”, sino también (incluso más aún) aquellos que son condenados a no “crear”»⁽⁵³⁾. En resumidas cuentas, una sociedad donde la debilidad del empleo es la regla y donde la inseguridad se ha instalado en los mercados de trabajo, son los pantanosos terrenos en los que se sembrará el desarrollo tecnológico en el que nos encontramos inmersos.

2. «Cuando teníamos las respuestas, nos cambiaron las preguntas»: ¿hacia una civilización del ocio?

Las soluciones para abordar estas nuevas necesidades son diversas pero para plantear respuestas efectivas es necesario partir de una visión real de la situación. En relación con el mercado de trabajo, se vierten con cierto desenfado algunas afirmaciones cuestionables desde la perspectiva económica: «El progreso tecnológico destruye empleo, si las máquinas hacen el trabajo, habrá menos trabajadores ocupados». «Solo reduciendo la jornada de trabajo, mejorarán las oportunidades de empleo de los parados».

Detrás de las anteriores afirmaciones está la denominada falacia de la cantidad fija de trabajo (*lump of labour fallacy*)⁽⁵⁴⁾. Las falacias constituyen argumentos incorrectos, defectuosos y engañosos, es decir, argumentos de los que ya Aristóteles aseguraba que solo tienen la «apariencia» de tales. Pero es, precisamente, su condición de «argumentos aparentes» lo

(53) S. ZIZEK, *Menos que nada. Hegel y la sombra del materialismo dialéctico*, Madrid, Akal, 2015, p. 1089.

(54) P. SCHWARTZ, *Las reducciones forzadas de la oferta de mano de obra para combatir el paro*, Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales, 1979, n.º 5, págs. 199-230. En el blog «*Nada es gratis*» la entrada, *Aprendiendo a sumar (I): La falacia de la cantidad fija de trabajo*.



que los convierte en temibles fuentes de confusión. La idea de que la cantidad de trabajo está determinada exógenamente constituye una de las falacias más conocidas en Economía y, sin embargo, más repetidas en muchas de las propuestas de políticas de empleo. Otro nombre para la falacia en cuestión es «falacia de suma cero». En la teoría de juegos, un juego suma cero es aquel en el cual la suma del bien ganable de todos los jugadores permanece constante. En otras palabras, todo lo que un jugador gana, es perdido por otro u otros jugadores. El error es creer que la cantidad de trabajo es fija, como un pastel y que, por tanto, de lo que se trata es de repartir bien el pastel para que haya para todos. El error estriba en que no hay tal cosa como una cantidad de trabajo establecida de antemano y los empleos son creados por la inversión en función de la productividad. Si fuera así, bastaría con reducir por ley las horas de trabajo para acabar totalmente con el paro⁽⁵⁵⁾.

Se hace necesario, por lo tanto comenzar a construir y a reflexionar sobre posibles soluciones para el caso de que la profecía de Keynes o la afirmación de Leontieff cobraran definitivamente vida y, como algunos autores han venido señalando, el aumento de la mecanización incrementa la eficacia de los procesos productivos a través de una reducción de la energía y de la fuerza de trabajo humana, con la inquietante consecuencia de una liberación de gran parte del trabajo.

Algunos pueden ver aquí el triunfo de quienes han predicado los males del trabajo y han alentado a su definitiva y total abolición⁽⁵⁶⁾. Pero si los robots terminan por eliminar la necesidad de trabajo humano en grandes masas de población ello llevaría consigo un nuevo «darwinismo» que nos obligaría, esta vez, a atender a las necesidades de subsistencia para ese creciente y progresivo volumen de población que se verá excluida de los mucho más selectivos mercados de trabajo. Dicha realidad viene de la mano de un maltusianismo tecnológico que, aunque queremos defensivamente reconducirlo a la ciencia ficción y al temor distópico, se acerca irremediabilmente. Por ello, es necesario afrontar algunos desafíos, entre ellos, uno de los más importantes es el de pensar en cuáles deben ser las políticas públicas más adecuadas para que este mayor bienestar llegue a todas las personas.

El establecimiento de una renta básica, «subsidio universal» o incluso «ingreso de ciudadanía», supondría garantizar a todas las personas, de forma automática e incondicionada, un ingreso periódico de subsistencia⁽⁵⁷⁾. Las justificaciones que se han buscado a la necesidad de implantar este tipo de ingresos básicos se sitúan en la obligación de toda sociedad de asegurar a todos la satisfacción de las «necesidades esenciales» en nombre de la dignidad y de la condición de ciudadanos de los beneficiarios. Sin embar-

(55) Para una reflexión de conjunto sobre estas ideas nos remitimos a J.R. MERCADER UGUINA, *Se busca... El mercado de trabajo en España*, Barcelona, Debate, 2014, en concreto el apartado: ¿Trabajar menos para trabajar todos?

(56) Provocadora pero verdaderamente divertida es la obra de B. BLACK, *La abolición del trabajo*, Pipas de Calabaza, 2013 que nos actualiza la clásica de P. LAFARGUE, *El derecho a la pereza*, Madrid, Fundamentos, 1980. Obra que veía, precisamente, en la máquina «la redentora de la humanidad, el Dios que liberará al hombre de las *sordidae artes* y del trabajo asalariado, el Dios que le dará el ocio y la libertad».

(57) La literatura sobre esta materia es muy amplia y pueden encontrarse en internet reflexiones de gran interés, magnífico ejemplo es el trabajo de J. GIMENO ULLASTES, *Aproximación a una Renta Básica Sostenible* [en http://www5.uva.es/jec14/comunica/A_EByRB/A_EByRB_9.pdf]. Las bases para tener una conciencia precisa de esta cuestión pueden hallarse en el libro clásico de D. RAVENTOS, *El derecho a la existencia. Una propuesta del subsidio universal garantizado*, Ariel, 1999.



DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, ROBÓTICA Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

go, los programas de rentas mínimas han sido duramente criticados, pues se consideran instrumentos que pueden subvencionar la ociosidad. El reciente referéndum planteado en Suiza ha puesto sobre la mesa esta cuestión. Pero esta cuestión carecería de sentido en este contexto pues, precisamente, es la ausencia de trabajo lo que nos lleva a este camino. Ahora bien, el problema más importante es su viabilidad financiera (en el caso de Suiza habría exigido más de 22.000 millones de euros al año y las estimaciones en España acercan el gasto público en esta materia a 377.365 millones de euros anuales en 2013, cerca del 36% del PIB de ese año).

Pero si los robots crean los problemas, podrían ayudar a resolverlos. Es posible imaginar un «*dividendo robot*»⁽⁵⁸⁾ que permita retornar a la sociedad al menos una parte de los beneficios financieros que generen a través de fórmulas distintas. El estado de Alaska ofrece una posible solución a través del Alaska Permanent Fund. Una parte de los ingresos del petróleo del estado se deposita en el fondo, y cada mes de octubre, se reparte un dividendo que se le da a cada residente elegible⁽⁵⁹⁾. Esta solución es fruto de la acción humana a través de una decisión democrática. Todo ello pone de manifiesto que cuanto mayor y más complejo resulte el edificio de la civilización en la que habitamos, más necesario será conocer los límites y los fines de nuestras «democracias»⁽⁶⁰⁾.

Por otro lado, si, como irónicamente definió el escritor inglés Chesterton, la tecnología es «un conjunto de conocimientos que reduce el número de trabajadores y de dueños», por qué no pensar en que los seres humanos sean propietarios de robots y éstos trabajen para ellos. La resurrección de esta forma cibernética de esclavitud no se separa mucho de la mentalidad de las sociedades griega y romana antigua cuando la vida privilegiada del ciudadano dependía del sudor de aquel puro ganado humano, totalmente desprovisto de derechos civiles y concebido como mera mano de obra («herramientas que hablan», en palabras del erudito romano del siglo I a. C Varrón), que eran los esclavos⁽⁶¹⁾. No es necesario recordar la enorme riqueza y el impacto económico que tuvo en la economía y, en general, en el desarrollo de nuestra civilización esta terrible forma de explotación⁽⁶²⁾.

(58) E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *Will Humans Go the Way of Horses?*, cit.

(59) Como recoge Wikipedia, es un fondo de fideicomiso gestionado por la *Alaska Permanent Fund Corporation*, propiedad del estado de Alaska, que opera con el dinero procedente de al menos el 25% del capital que genera la explotación de minerales y petróleo en el Estado. La peculiaridad de este fondo reside en que constituye uno de los principales incentivos para los residentes en Alaska ya que toda persona que resida legalmente durante un mínimo de 6 meses recibe un dividendo correspondiente a una parte del rendimiento medio del fondo durante los últimos cinco años. En 2008 el pago ascendió a 2.069 dólares. En 2014, este dividendo fue 1.884. Desde sus orígenes, este fondo ha sufrido muchas modificaciones, representando actualmente una cartera diversificada a escala mundial por un importe superior a los 23.000 millones de dólares. Un interesante estudio al respecto puede verse en M.J. GOMEZ-MILLAN HERENCIA, *El ingreso permanente de Alaska como forma de articular la renta básica universal e incondicionada*, RTSS (CEF), 2017, n° 407, pp. 83-115.

(60) Como declina en plural, F. REQUEJO COLL, *Las democracias*, Barcelona, Ariel, 1994.

(61) M. BEARD, J. HENDERSON, *El mundo clásico: Una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2016, p. 83

(62) Como punto de referencia del beneficio económico producido, tómesese en cuenta que en 1999 la African World Reparations and Repatriation Truth Commission exigió a Occidente el pago de 777.000.000.000.000 dólares a los países africanos que fueron esclavizados durante el periodo colonial. Dicha reclamación se basaba en el número estimado de vidas perdidas en África durante el período en el que se produjo el comercio de es-





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Pero, sin duda, esta nueva realidad parece conllevar a una profunda reflexión sobre el valor del ocio. Así, se ha propuesto que en vez de trabajar más horas con pocos resultados productivos adoptar una semana laboral más corta y contribuir a salvar nuestro planeta a través de una reducción notable del consumo de energía y nuestro bienestar pero, como hemos dicho, el reparto del trabajo no es infinito. Implantar medidas como los fines de semana de tres días se convierte en algo esencial para que la vida sea viable en unas condiciones económicas diferentes⁽⁶³⁾. Una sociedad que, como se anticipó hace años, parece dirigirse del paro al ocio⁽⁶⁴⁾. Un ocio robótico, una entera sociedad del ocio...

Si, como siempre, la luz cegadora de Nietzsche tiene razón, esta opción vendría a confirmar el instinto natural en el hombre. En su *Tercera consideración intempestiva* afirmaba que: «al preguntársele cual era la característica de los seres humanos más común en todas partes, aquel viajero que había visto muchas tierras y pueblos, y visitado muchos continentes respondió: la inclinación a la pereza». La distopía del la película de animación WALL-E sugiere, no obstante, los efectos sobre las personas de un mundo de tecnología avanzada en el que el ocio es la única forma de vida.

No puedo estar más de acuerdo con aquellos que piensan que existe un cierto uso y, por qué no decirlo, abuso de las citas de «*El Principito*». Con todo me parece sumamente expresivo de la realidad que vivimos el Capítulo XIV de la obra de Antoine de Saint-Exupéry: *El farolero*. El farolero tenía la obligación de encender el farol cuando caía la noche. Sin embargo, el planeta empezó a girar vertiginosamente pasando de la noche al día en breves instantes: ¡¡1440 puestas de sol cada 24 horas!! El farolero se lamentaba inútilmente de la que la vida hubiese cambiado y las normas fueran las mismas, no obstante, decía: «No hay nada que entender. La consigna es la consigna».

Si nuestra sociedad sigue respetando las consignas y no se anticipa o, a lo menos, siente la necesidad de comprender los cambios que vive, el futuro se irá cargando progresivamente de incertidumbre. La técnica tiene una tendencia inercial realmente inquietante y frente a ella, como canta Bruce Springsteen, «un hombre no es más que un hombre» en el relato en el que John Henry muere luchando contra la máquina. Pero los seres humanos somos razón y emoción por lo que podemos responder a los retos que se nos plantean con inteligencia y con voluntad. No es tarde, por tanto, para enfrentarnos mirando a los ojos, a esta nueva y apasionante realidad.

clavo, así como una evaluación del valor del oro, diamantes y otros minerales obtenidos del continente durante el período de dominio colonial. Al respecto, <http://www.reparations.org/why-reparations/history-of-reparations/>

(63) Como proponent, N. SRNICEK, A. WILLIAMS, *Inventing the Future: Postcapitalism and a World without Work*, London, Verso, 2015.

(64) Tesis anticipada en su día por L. RACIONERO, *Del paro al ocio*, Barcelona, Anagrama, 1990.





LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

(A propósito de la Sentencia del Tribunal
Constitucional 145/2015, de 25 de junio)

MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO.
- II. SUPUESTO DE HECHO Y ALEGACIONES DE LAS PARTES.
 - 1. **Supuesto de hecho.**
 - 2. **Argumentos del demandante.**
 - 3. **Argumentos del Letrado de la Junta de Andalucía.**
 - 4. **Argumentos del Ministerio Fiscal.**
- III. LA POSTURA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- IV. EL CONTENIDO DE LOS VOTOS PARTICULARES.
 - 1. **Voto particular discrepante de la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita.**
 - 2. **Voto particular concurrente del Magistrado don Andrés Ollero Tassara.**
 - 3. **Voto particular discrepante del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. V. Análisis crítico de la postura del Tribunal Constitucional.**
 - 1. La especial trascendencia constitucional.
 - 2. El conflicto de conciencia.
 - 3. La «interpositio legislatoris».
 - 4. Los límites a la objeción de conciencia.
 - 5. El recurso al Derecho internacional.
- VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO

La Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio (RTC 2015, 145), dictada por el Pleno del Tribunal, ha reabierto el debate sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento. Se trata de una de las cuestiones sobre la que más aportaciones doctrinales es posible encontrar. Son más que notables los esfuerzos de los expertos de las diversas ramas del Derecho (Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Derecho Penal o Derecho Eclesiástico del Estado) por lograr una correcta calificación jurídica de la objeción de conciencia y por delimitar las condiciones para su ejercicio, sin que hasta la fecha se haya llegado a un común entendimiento que permita identificar con precisión cuál es el tratamiento que corresponde otorgar a las manifestaciones de objeción de conciencia que surgen en la aplicación práctica del Derecho⁽¹⁾.

Si hacemos un ejercicio de simplificación extrema, podríamos decir que las posturas doctrinales se reducen a las dos siguientes: a) quienes consideran que la objeción de conciencia es un derecho fundamental que se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución española, el cual garantiza a todos los individuos la libertad ideológica y religiosa sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley; b) aquellos otros que sostienen que la objeción de conciencia no es un derecho fundamental proclamado en nuestra Norma Suprema, la cual se limita a reconocer la relativa al servicio militar obligatorio en su artículo 30.2, de forma que solo cabe ejercerla en este caso, cuando así lo reconozca la jurisprudencia constitucional o cuando medie una previsión legislativa que ampare la negativa a cumplir un mandato jurídico por entender que es contrario a las creencias o convicciones del obligado a su cumplimiento.

La postura mantenida por el máximo intérprete de la Constitución respecto a la naturaleza de la objeción de conciencia es un fiel reflejo de estas dos posturas doctrinales. En su jurisprudencia temprana, el Tribunal Constitucional sostuvo que la objeción de conciencia estaba reconocida de manera implícita en el artículo 16.1 de la Constitución, por lo que debía ser considerada un derecho fundamental derivado de la libertad ideológica y religiosa. Una muestra clara de esta tesis se encuentra en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, en cuyo Fundamento Jurídico 14 se afirma:

«cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

(1) Remitimos por todos a NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, Iustel, 2.ª edición, 2012, pp. 41 y ss.



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Con este planteamiento el Alto Tribunal admitió la objeción de conciencia al aborto por parte de los profesionales sanitarios⁽²⁾. Las afirmaciones transcritas son aplicación de la doctrina formulada en la Sentencia 15/1982, de 23 de abril, cuyo Fundamento Jurídico 6 dice:

«tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. En la Ley Fundamental de Bonn el derecho a la objeción de conciencia se reconoce en el mismo artículo que la libertad de conciencia y asimismo en la resolución 337, de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa se afirma de manera expresa que el reconocimiento de la objeción de conciencia deriva lógicamente de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión. Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión “la Ley regulará”, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la interpositio legislatoris no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia».

Esta línea jurisprudencial es abandonada en dos Sentencias de 1987 –la 160 y la 161/1987, ambas de 27 de octubre–. En ellas el Tribunal da un giro radical a su línea argumentativa y sostiene que la objeción de conciencia es un derecho reconocido en la Constitución, si bien no cabe calificarlo como un derecho fundamental:

«En la STC 15/1982, de 23 de abril (RTC 1982, 15), se dice que la objeción de conciencia, dada la interpretación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, es un derecho constitucionalmente reconocido al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso, en su tratamiento jurídico constitucional con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión “la Ley regulará” del art. 30.2 que la necesidad de la interpositio legislatoris, no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos

(2) Uno de los primeros comentarios de dicha Sentencia, por lo que respecta específicamente a la objeción de conciencia, se encuentra en NAVARRO-VALLS, Rafael, «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2 (1986), pp. 257-310. Una exposición completa de la objeción de conciencia al aborto con referencia a las principales aportaciones de la doctrina puede verse en CEBRIÁ GARCÍA, María, «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 27 (2011), pp. 3-27.



que permitan su plena aplicabilidad y eficacia. Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental».

El Tribunal declara a continuación que la objeción de conciencia ha de ser considerada como algo excepcional, de donde deduce la imposibilidad de alegar directamente el artículo 16.1 de la Constitución para incumplir deberes jurídicos:

«Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C.E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional –derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España– lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria “con las debidas garantías”, que, si por un lado son debidas al objeto, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional».

Esta idea de la excepcionalidad y de la necesidad de la *interpositio legislatoris* como condición *sine qua non* para el ejercicio de la objeción de conciencia se reitera en el Fundamento Jurídico 4:

*En una sociedad democrática, en un Estado social y democrático de Derecho, que se construye sobre el consenso mayoritario expresado libremente –aun dentro de las limitaciones de los sistemas electorales– la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos ha de considerarse como excepcional, como antes se ha indicado, porque de lo que se trata –el derecho del objeto– es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima o legal. Por eso ya se dijo en la STC 15/1982 fundamento 7.º, que, a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de libertad de conciencia, el derecho a la objeción no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta (la del servicio militar), sino que ese derecho introduce una excepción que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso (...) De ahí la necesidad de la *interpositio legislatoris* (...) el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común».*

En la Sentencia 161/1987 se insiste en que la objeción es una concreción de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución, pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto, como ha hecho el constituyente respecto al deber de prestar el servicio militar obligatorio⁽³⁾.

En el plano de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo ha precisado el alcance de la objeción de conciencia en dos Sentencias de 11 de febrero de 2009, dictadas con ocasión de resolver solicitudes de objeción de conciencia a cursar la asignatura obligatoria Educación para la Ciudadanía⁽⁴⁾. El Tribunal Supremo señala, en primer lugar, que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2 y que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53)).

En segundo lugar, dice el Tribunal Supremo, nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. No obstante, en tal caso, se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo –no constitucional– y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, el cual podría crearlo, modificarlo o suprimirlo según lo estimase oportuno.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo no acepta que de la Constitución surja un derecho a la objeción de conciencia de alcance general que vincule al legislador. En particular, rechaza que se encuentre reconocido en el artículo 16 de la Constitución por dos razones. La primera deriva de una interpretación sistemática del texto constitucional, que no conduce, a su entender, en absoluto a esa conclusión. La libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Norma Suprema: el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Pues bien, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, el Tribunal Supremo considera claro que ésta se refiere, por definición, a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto para el Alto Tribunal que el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público. La segunda razón

(3) En palabras del propio Tribunal: «Se trata, ciertamente, como se acaba de decir, de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la Norma suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (Fundamento Jurídico 3).

(4) RJ 1878 y RJ 1877.



se apoya en el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general del artículo 9.1 de la Constitución: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Este es –subraya el Tribunal Supremo– un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en nuestra Constitución es el elaborado por procedimientos democráticos. A todo ello se añade que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16 de la Carta Magna, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

La configuración de la objeción de conciencia mantenida por el Tribunal Constitucional –y cabría decir también por el Tribunal Supremo– deja varios interrogantes sin resolver, algunos de los cuales tienen que ver con la propia obsolescencia de la doctrina constitucional que no ha sido pasada por el tamiz de determinados avances normativos y jurisprudenciales ocurridos con posterioridad y que guardan una relación muy estrecha con los supuestos en los que entra en conflicto un deber jurídico con las creencias o convicciones de una persona.

En primer lugar, existe una más que aparente contradicción entre lo sostenido en las Sentencias 15/1982 y 53/1985 y las afirmaciones formuladas en las posteriores 160 y 161/1987. En las primeras hay una inequívoca calificación de la objeción como un derecho fundamental, en el sentido de que forma parte del contenido de la libertad ideológica y religiosa, que puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una regulación específica, pues la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales. En cambio, en las segundas se califica la objeción de conciencia como un derecho autónomo, no fundamental, para cuyo ejercicio es indispensable la previa regulación legal. El Tribunal Constitucional nunca aclaró si esta segunda postura implicaba dejar sin efecto el reconocimiento de la objeción de conciencia al aborto efectuado en la Sentencia 53/1985, sin que quepa solucionar esta duda alegando que cabe ejercer la objeción de conciencia no sólo en los casos que prevea la Constitución (servicio militar), sino también en aquellos otros que admita el legislador o que reconozca la propia jurisprudencia constitucional, pues la argumentación seguida en el Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia 53/1985 consiste precisamente en sostener que la objeción de conciencia es un derecho fundamental que dimana del artículo 16.1 de la Constitución. A este respecto se debe señalar que la objeción de conciencia al aborto no se introdujo en la legislación hasta la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁽⁵⁾, por lo que desde 1985 su reconocimiento en nuestro ordenamiento

(5) Su artículo 19.2 establece que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo. Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

estuvo basado en una jurisprudencia constitucional que no se ajustaba a los posteriores pronunciamientos del Tribunal sobre la objeción de conciencia.

En segundo lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de la objeción de conciencia como un derecho autónomo no fundamental data de 1987, por lo que el Tribunal no ha tenido ocasión de relacionarla de forma directa con su concepción actual del derecho a la libertad ideológica y religiosa. En su vertiente subjetiva, este derecho comprende una dimensión interna que garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso vinculado a la propia personalidad y dignidad individual; asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales⁽⁶⁾. Estamos ante un derecho fundamental, el reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, que protege un foro interno y un foro externo⁽⁷⁾; este último permite a la persona comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones, así como no ser obligada a realizar actos o conductas contrarios a las mismas. Precisamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Bayatyan contra Armenia*, de 7 de julio de 2011 (Gran Sala), reconoció, dejando constancia expresa de un cambio de doctrina, que la oposición a un deber jurídico por razones de conciencia está protegida por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:

«el Tribunal señala que el artículo 9 no habla expresamente del derecho a la objeción de conciencia. Considera, de todas maneras, que la oposición al servicio militar, cuando está motivada por un conflicto grave e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona en la que sus convicciones sinceras y profundas, de naturaleza religiosa u otra, constituyen una convicción que alcanza un grado suficientemente fuerte, serio coherente e importante para implicar la aplicación de las garantías del artículo 9» (párrafo 110).

Y, en tercer lugar, en el análisis de los conflictos entre las creencias o convicciones de una persona y los deberes jurídicos no se debería dejar al margen el alcance de la discriminación indirecta, que ha sido expresamente introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por medio de la cual se produjo la transposición al ordenamiento español de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. Conforme al artículo 28 de esta Ley, tendrá lugar

el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.

(6) *Cfr.* el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 101/2004, de 2 de junio (RTC 2004, 101), del Tribunal Constitucional.

(7) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce expresamente la doble dimensión de la libertad religiosa a la que nos venimos refiriendo. Así, en el asunto *Kokkinakis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993, se afirma: «Si la libertad religiosa se refiere, ante todo, al foro interno, ésta ‘implica’, particular y especialmente, la libertad de “manifestar su religión”. El testimonio, por medio de palabras y de actos, se encuentra ligado a la existencia de convicciones religiosas» (párrafo 31).





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

la discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios. Esto supone que una norma general, neutral, que persigue un fin legítimo, podría dar lugar a una discriminación por perjudicar de forma indirecta a las personas que tienen determinadas creencias o convicciones.

En este contexto, la admisión a trámite de la demanda de amparo que dio lugar a la Sentencia 145/2015 y su avocación por el Pleno se presentaba como una ocasión propicia para que el Tribunal Constitucional aclarara, a partir de un supuesto concreto, cuestiones capitales relativas a la objeción de conciencia. Sin embargo, como tendremos ocasión de exponer, este pronunciamiento ha generado nuevas incertidumbres y no ha logrado el objetivo de clarificar los aspectos problemáticos que exigían una respuesta por parte del máximo intérprete de la Constitución.

Antes de pasar a un análisis crítico del pronunciamiento, vamos a proceder a exponer los detalles del caso, las posturas de las partes y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En la exposición de los argumentos de las partes nos centraremos exclusivamente en los relativos a la posible vulneración del artículo 16.1 de la Constitución, dejando al margen la violación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Carta Magna.

II. SUPUESTO DE HECHO Y ALEGACIONES DE LAS PARTES

1. Supuesto de hecho

El demandante de amparo era un farmacéutico cotitular de una oficina de farmacia en la ciudad de Sevilla. Fue sancionado por resolución de 15 de octubre de 2008 del delegado provincial de salud en Sevilla de la Junta de Andalucía como consecuencia de que el establecimiento carecía de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg, coloquialmente conocido como «píldora del día después». Así se recoge en un acta de inspección levantada el 4 de febrero de 2008 por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía a raíz de la denuncia presentada por un ciudadano.

El recurrente manifestó a la Inspección no disponer de existencias de dichos productos y medicamentos por razones de objeción de conciencia, e interesó a efectos probatorios en el expediente sancionador que se oficiase al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla para que certificase su condición de objetor de conciencia, a la vista del Registro de farmacéuticos objetores de dicha corporación profesional; diligencia probatoria que el instructor del expediente rechazó por innecesaria, por constarle de manera expresa la condición de objetor de conciencia del recurrente a la píldora postcoital y a los preservativos. Los hechos fueron calificados como infracción grave, tipificada en el





LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

artículo 75.1, letra d), de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, en relación con el artículo 22.2, letra d), de la misma Ley y el artículo 2 y anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, y sancionados con multa de 3.300 euros.

Contra la referida resolución interpuso el demandante recurso de alzada, en el que, entre otros extremos, se invocaba el derecho a la objeción de conciencia como justificación para no disponer de existencias de preservativos ni del medicamento con el principio activo levonorgestrel. El recurso fue desestimado por resolución de 16 de julio de 2010 de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. La resolución considera que el farmacéutico titular de una oficina de farmacia no puede incumplir su obligación legal de contar en su establecimiento con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia. En apoyo de esta decisión aduce la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que cita a su vez la Resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, caso *Pichon y Sajous contra Francia*, que rechazó la demanda formulada por dos farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos.

Contra la anterior resolución interpuso el demandante recurso contencioso-administrativo, en el que alegaba que su actuación se encontraba amparada por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica (artículo 16.1 de la Constitución), toda vez que de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg derivan, entre otros, efectos abortivos. Y en cuanto a los preservativos sostuvo además que su decisión de no dispensarlos por razones de conciencia no causa perjuicio alguno, al estar garantizada la distribución de este producto por el gran número de establecimientos que los dispensan. Subsidiariamente, alegaba la errónea calificación de la infracción y la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Por todo ello solicitaba que se declarase nula la sanción impuesta o, en el segundo supuesto, que los hechos se calificasen como infracción leve en aplicación de los artículos 74, letra d), y 77 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía.

El recurso contencioso-administrativo del demandante fue desestimado por Sentencia de 2 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla, por entender que la resolución sancionadora era ajustada a Derecho. Niega el Juzgado que la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53), y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, que cita el recurrente en apoyo de su pretensión, sean fundamento legal para objetar. Entiende que la cuestión está resuelta por la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001, que actualiza el contenido del anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, así como por la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. De ella resulta que el deber que tienen los farmacéuticos de dispensar determinados medicamentos no está reñido con el ejercicio



de los derechos de libertad de conciencia, pensamiento, religión o convicción regulados en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El demandante promovió contra la Sentencia incidente de nulidad ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que invocaba las mismas quejas que posteriormente adujo en su demanda de amparo: la lesión del derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1 de la Constitución), así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), por incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable. El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite por providencia de 22 de diciembre de 2011, por entender el Juzgado que la Sentencia había desestimado la pretensión deducida por el demandante resolviendo expresamente y de modo comprensible y congruente cuantas cuestiones se habían planteado.

2. Argumentos del demandante

El demandante de amparo sostiene que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas. Éstas son contrarias a la dispensación de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg (la denominada «píldora del día después»), debido a sus posibles efectos abortivos. Invoca en apoyo de su planteamiento las Sentencias del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril (RTC 1982, 15), y 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53), así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, doctrina de la que resulta que el contenido constitucional de la objeción de conciencia forma parte de la libertad ideológica y religiosa sin necesidad de regulación legal específica.

Se añade en la demanda que el derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido en el artículo 8.5 de los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en los artículos 28 y 33 del código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica. De acuerdo con todo ello sostiene el recurrente que el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos, ante la eventualidad de venir obligados por la normativa vigente a dispensar productos con posibles efectos abortivos, no resulta ajeno al ejercicio de su actividad profesional. Ante esta obligación legal de dispensación, el recurrente, que afirma profesar un profundo respeto a la vida y que no ignora el efecto antianidatorio de la «píldora del día después», se sitúa en una difícil posición, al presentársele un grave conflicto: o bien actuar fuera de la legalidad (sobre existencias mínimas en farmacias) al hacer uso de su derecho a la objeción de conciencia, asumiendo el riesgo de ser sancionado por ello, o bien actuar en contra de su conciencia, traicionando sus más arraigadas creencias, al dispensar en razón de su profesión unos productos que considera inmorales; en ambos casos –concluye el recurrente– tendría que afrontar el dilema de no poder ejercer adecuadamente su profesión, que se corresponde con sus estudios universitarios y que constituye su medio de vida.



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

3. Argumentos del Letrado de la Junta de Andalucía

El Letrado de la Junta de Andalucía sostiene que la cuestión planteada en la demanda amparo, referida a la pretendida objeción de conciencia farmacéutica ante el deber de disponer de medicamentos con el principio activo levonorgestrel, conocidos como «píldora del día después», con fundamento en la libertad ideológica y la libertad religiosa, carece de relevancia constitucional. De la doctrina constitucional se desprende (Sentencias 15/1982, Fundamento Jurídico 6; 160/1987, Fundamento Jurídico 3; 161/1987, Fundamento Jurídico 3; 321/1994, Fundamento Jurídico 4, y 55/1996, Fundamento Jurídico 5, y Auto 135/2000, Fundamento Jurídico 2) que la objeción de conciencia no se identifica con la libertad ideológica ni con la libertad religiosa y que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 de la Constitución no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos. En el mismo sentido se pronuncian el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de mayo de 2009) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su Decisión de 2 de octubre de 2001, caso *Pichon y Sajous contra Francia*, rechazó la demanda formulada por dos farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos, al entender el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el farmacéutico no puede imponer a otro sus convicciones religiosas para denegar la dispensación de un producto o medicamento.

En segundo lugar, el Letrado de la Junta de Andalucía interesa que se inadmita el recurso de amparo por inexistencia de vulneración de un derecho fundamental [artículos 41.2 y 50.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], pues la resolución recurrida no ha producido la lesión de derechos alegada por el demandante. La objeción de conciencia esgrimida se basaría en una mera especulación, por lo que la queja deducida en amparo se postula contra una lesión hipotética.

Lo que pretende el demandante de amparo –en opinión del Letrado de la Junta de Andalucía– es el reconocimiento de la objeción de conciencia a los farmacéuticos, pretensión que no podría ser atendida, porque la objeción de conciencia se configura como un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, que exige el reconocimiento del legislador para su ejercicio legítimo (*interpositio legislatoris*), como sucede en el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, que reconoce la objeción de conciencia a los profesionales sanitarios que intervienen directamente en la interrupción del embarazo; sin que quepa una interpretación extensiva a favor del farmacéutico en la dispensación de la píldora postcoital. Tampoco es suficiente la eventual inclusión de la objeción de conciencia del farmacéutico en los estatutos de los Colegios profesionales o en los códigos deontológicos de la profesión, pues el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia exige la intervención del legislador, como expresión de la voluntad del interés general. La legislación vigente en materia farmacéutica no permite a los farmacéuticos negarse a dispensar ningún tipo de medicamento (incluidos los medicamentos con el principio activo levonorgestrel), salvo causa justificada, que no concurre, a juicio del Letrado de la Junta de Andalucía, en el caso de la «píldora del día siguiente».

Concluye el Letrado de la Junta de Andalucía argumentando que el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer, que es manifestación del derecho a la integridad





física y psíquica garantizado por el artículo 15 de la Constitución, en conexión con el derecho a la salud (artículo 43 de la Norma Suprema), determina el derecho de la mujer a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente. Tal derecho incluye el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España. Si una mujer necesita obtener el medicamento con el principio activo levonorgestrel, prima su derecho a acceder a las prestaciones del sistema nacional de salud sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a dispensar dicho medicamento.

4. Argumentos del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal centra sus alegaciones en el contenido de la normativa estatal y autonómica que, a su juicio, resulta aplicable al caso, en cuanto reguladora de la obligación de los farmacéuticos de dispensar en las oficinas de farmacia los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, entre los que se encuentran los medicamentos con el principio activo levonorgestrel (conocido como «píldora del día siguiente»), así como los preservativos. Señala que el derecho a la objeción de conciencia, alegado como causa justificativa para no cumplir la obligación legal de disponer y dispensar a los usuarios los referidos medicamentos y productos sanitarios, exige distinguir un doble plano en la argumentación del recurrente.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia respecto de la dispensación de preservativos, el Fiscal señala que en la demanda de amparo no se contiene ningún argumento que sustente las razones ético-morales que conforman la propia convicción del recurrente en relación con dicho producto sanitario; en la demanda de amparo el alegato de la lesión del derecho a la objeción de conciencia se centra exclusivamente en los efectos del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Ello sería suficiente para descartar la existencia de lesión de tal derecho en relación con la sanción impuesta al recurrente por negarse a dispensar preservativos en su farmacia. Sin perjuicio de ello –continúa el Fiscal– si se atiende a las razones esgrimidas por el recurrente en la vía administrativa y judicial, resulta que se limita a argumentar la disponibilidad de dichos productos sanitarios en otros establecimientos distintos de las oficinas de farmacia y que no se trata de medicamentos de urgencia. Ahora bien, no es posible reconocer el ejercicio de la objeción de conciencia para legitimar el incumplimiento de la obligación de disponer y dispensar preservativos en las farmacias, pues son productos sanitarios anticonceptivos y que previenen las enfermedades de transmisión sexual; los restantes establecimientos en los que se pueden vender estos productos no tienen la obligación legal de disponer de los mismos, ni su venta en dichos lugares ofrece las garantías al consumidor que son inherentes a las oficinas de farmacia.

Señala seguidamente el Fiscal que la argumentación principal del recurrente, en la que se funda su demanda de amparo, se refiere al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia respecto de la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel. El recurrente considera que la obligación legal de disponer de existencias y dispensar este medicamento en su oficina de farmacia resulta incompatible con sus





LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

convicciones éticas de respeto a la vida. Por ello sostiene que su negativa a disponer y dispensar el medicamento con el principio activo levonorgestrel se encuentra amparada por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución).

El Fiscal se opone a la argumentación del recurrente. Afirma que la Constitución sólo contempla expresamente el derecho a la objeción de conciencia en relación con la prestación del servicio militar (artículo 30.2 de la Constitución); a lo que cabe añadir la cláusula de conciencia de los profesionales de la información [artículo 20.1.d) de la Norma Suprema]. Se refiere a continuación a la doctrina sentada por el máximo intérprete de la Constitución en relación con la objeción de conciencia (Sentencias 53/1985, 160/1987, 161/1987, 321/1994, 177/1996, 154/2002 y 104/2004), para concluir que, en el presente caso, existe una limitación legal al ejercicio de la objeción de conciencia que pretende el recurrente, pues como titular de una oficina de farmacia viene obligado a disponer de las existencias mínimas obligatorias de medicamentos y productos sanitarios que establece la normativa vigente, constituyendo el incumplimiento de esta obligación una infracción administrativa grave.

Añade el Ministerio Fiscal que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado ya en un caso similar al presente en su Resolución de 2 de octubre de 2001, caso *Pichon y Sajous contra Francia*, inadmitiendo la demanda presentada por dos farmacéuticos franceses que invocaban el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque consideraban lesionado su derecho a la libertad religiosa y de creencias por haber sido sancionados al negarse a dispensar en su oficina de farmacia píldoras anticonceptivas.

Por último, puntualiza que la objeción de conciencia frente al cumplimiento de obligaciones legales se configura por la doctrina constitucional como un derecho que exige el reconocimiento del legislador para su ejercicio legítimo, lo que no acontece en el caso de los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, que no pueden, por tanto, negarse a dispensar los medicamentos y productos sanitarios que constituyen existencias mínimas con fundamento en sus propias convicciones o creencias.

III. LA POSTURA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional afronta el fondo del asunto en los Fundamentos Jurídicos 4, 5 y 6. Lo primero que hace es centrar la problemática constitucional que suscita el demandante, que consiste en invocar la doctrina estatuida en la Sentencia 53/1985, de 11 abril, esto es, que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, entendida como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida. El Tribunal afirma que hasta el momento presente no había tenido ocasión de resolver sobre esta problemática constitucional; esto es, el juicio de ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Carta Magna, y



la obligación de disponer del mínimo de existencias del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg que le impone la normativa sectorial, para así poderlo dispensar a quienes lo soliciten.

El Tribunal Constitucional concluye que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como «píldora del día después» vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el artículo 16.1 de la Constitución. En cambio, considera legítima la sanción por no disponer (y, en consecuencia, no dispensar) de preservativos en la oficina de farmacia que regenta. Para el Tribunal es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el artículo 16.1 de la Constitución, pues ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto.

La argumentación del Tribunal pivota en torno a tres cuestiones: 1) la aplicabilidad al caso de la Sentencia 53/1985 sobre la objeción de conciencia al aborto por parte del personal sanitario; 2) el reconocimiento legal del derecho a la objeción de conciencia; 3) los límites al ejercicio de este derecho.

1) Respecto a la primera cuestión, el Tribunal destaca la «singularidad» del pronunciamiento efectuado en el Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia 53/1985, en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al artículo 30.2 de la Constitución (servicio militar obligatorio), dadas las particulares circunstancias del supuesto analizado: por un lado, la significativa intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y, por otro, la relevancia constitucional reconocida a la protección del nasciturus.

Analizadas las características de la llamada «píldora del día después», y sin perjuicio de reconocer la falta de unanimidad científica respecto a sus posibles efectos abortivos, concluye:

«En consecuencia, sin desconocer las diferencias de índole cuantitativa y cualitativa existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, del medicamento anteriormente mencionado, cabe concluir que, dentro de los parámetros indicados, la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida. Además, la actuación de este último, en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada. En suma, pues, hemos de colegir que los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14, también concurren, en los términos indicados, cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada “píldora del día después” por parte de los farmacéuticos».

2) Por lo que se refiere a la segunda cuestión (el reconocimiento legal de la objeción de conciencia), el Tribunal destaca que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. Señala a continuación que la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de una regulación específica de rango legal sobre el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos, a diferencia de



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

otras Comunidades Autónomas que sí reconocen en su legislación sobre ordenación farmacéutica el derecho a la objeción de conciencia de estos profesionales. Ahora bien, esta ausencia de reconocimiento legal no se extiende a la totalidad de las normas que disciplinan el ejercicio de la profesión farmacéutica en el ámbito territorial en el que ejerce su profesión el demandante. El derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional» en el artículo 8.5 de los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (corporación profesional a la que pertenece el recurrente), aprobados definitivamente por Orden de 30 de diciembre de 2005, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, a cuyo tenor «el colegiado al que se impidiese o perturbase el ejercicio de este derecho conforme a los postulados de la ética y deontología profesionales se le amparará por el Colegio ante las instancias correspondientes»; asimismo se reconoce en los artículos 28 y 33 del Código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, invocados también por el recurrente.

Este reconocimiento por los estatutos colegiales del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos, a juicio del Tribunal Constitucional, no carece de relevancia pues, según reza el apartado 1 del artículo 22 de la Ley andaluza 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los colegios profesionales de Andalucía, «aprobados los estatutos por el colegio profesional y previo informe del consejo andaluz de colegios de la profesión respectiva, si estuviere creado, se remitirán a la Consejería con competencia en materia de régimen jurídico de colegios profesionales, para su aprobación definitiva mediante orden de su titular, previa calificación de su legalidad»; y el apartado 2 del mismo artículo 22 establece que «[s]i los estatutos no se ajustaran a la legalidad vigente, o presentaran defectos formales, se ordenará su devolución a la corporación profesional para la correspondiente subsanación, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente». A la vista de lo expuesto, el Tribunal afirma que el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración.

3) La tercera cuestión que analiza la Sentencia es la relativa a los límites de la objeción de conciencia. El Tribunal Constitucional pondera la incidencia del derecho invocado por el demandante en la legítima protección de otros derechos, bienes jurídicos o intereses dignos de tutela. Para ello parte de la concreta intervención que el sistema público sanitario impone al profesional que ejerce su actividad en una oficina de farmacia, a saber la disposición para su ulterior dispensación a los consumidores de aquellas especialidades farmacéuticas que la Administración haya incluido dentro de una relación obligatoria. Al profesional farmacéutico le incumbe, pues, el deber normativo de facilitar la prestación de dicho servicio.

Pues bien, sobre ese particular considera el Tribunal que la imposición de la sanción a que fue acreedor el demandante no derivó de su negativa a dispensar el medicamento a un tercero que se lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. En segundo término, se añade que en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación de la «píldora del día después» se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro.

IV. EL CONTENIDO DE LOS VOTOS PARTICULARES

La Sentencia cuenta con dos votos particulares discrepantes y un voto particular concurrente firmado por el ponente.

1. Voto particular discrepante de la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita

Este voto particular, en primer lugar, critica el recurso al Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, pues la Magistrada considera que el artículo 16.1 de la Constitución, por sí mismo, no es suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. No es la objeción de conciencia un derecho fundamental, sino un derecho constitucional autónomo. Por lo demás, no ve los paralelismos entre ambos casos para aplicar al supuesto del farmacéutico la postura sentada en el caso de los profesionales sanitarios que intervienen en la práctica de un aborto.

Seguidamente subraya la inadecuada valoración del Derecho internacional que se ha hecho en este caso y critica que la Sentencia omita la consideración de la muy relevante Decisión de 2 de octubre de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pichon y Sajous contra Francia*, que inadmite a trámite el recurso interpuesto sobre la base del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –libertad de pensamiento, de conciencia y de religión–, por dos farmacéuticos franceses sancionados por negarse a dispensar en sus oficinas de farmacia píldoras anticonceptivas, y eso que la mencionada decisión había sido invocada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Letrado de la Junta de Andalucía.

La Sentencia asume una segunda premisa que a juicio de la Magistrada resulta también errónea: que la libertad consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución permite objetar por motivos de conciencia sin necesidad de una previa regulación por parte del legislador del ejercicio de ese pretendido derecho a la objeción de conciencia. Tal entendimiento conduciría directamente a santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada. La referida construcción prescinde totalmente de cualquier referencia a las consideraciones de la doctrina del Tribunal de las últimas décadas, doctrina que ha negado de manera expresa la posibilidad de oponer libremente la objeción de conciencia en diversos pronunciamientos y ha sujetado su reconocimiento a la *interpositio legislatoris*.

Tampoco resulta admisible el banal –a juicio de esta Magistrada– ejercicio de ponderación de los intereses en presencia que dice realizar la Sentencia, al entender





LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

que minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión (artículos 15 y 43 de la Constitución), acerca de la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia en nuestro ordenamiento y acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos establecida como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad. De esta forma se ignoran los intereses generales y privados afectados por la negativa a disponer del medicamento.

Por último, no le parece admisible que se justifique la objeción de conciencia sobre la base de la inscripción del actor como objetor de conciencia en su colegio profesional y de las previsiones que al respecto se contienen en los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y en el código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica.

2. Voto particular concurrente del Magistrado don Andrés Ollero Tassara

En este voto particular concurrente el ponente de la Sentencia lamenta que no se haya aprovechado la ocasión para resolver las confusiones que han llevado al Tribunal Constitucional a realizar afirmaciones contradictorias en su jurisprudencia respecto a la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia.

En su opinión, la alusión al «riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales» parece traslucir una confusión que dificulta un normal reconocimiento del derecho a objetar. Deriva de la tendencia a identificar conciencia con moral, con lo que la objeción expresaría un conflicto entre moral y Derecho que se pretendería fallar en beneficio de la primera. En realidad, el conflicto se da entre la delimitación legal del mínimo ético característico del Derecho, fruto de un respaldo mayoritario, y la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría.

Se ha optado en la Sentencia, sin embargo, por declinar la posibilidad (por no decir deber) de resolver esta confusa situación. Dado que el recurrente centra su argumentación en los eventuales efectos abortivos de la conocida como píldora del día después, se ha preferido abordar el problema como una mera continuación de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso previo sobre la entonces recién aprobada primera despenalización del aborto en determinados supuestos.

Para finalizar critica que el Tribunal Constitucional no apreciara vulneración del artículo 16.1 de la Constitución en la imposición de la sanción por carecer de preservativos. Las exigencias del artículo 16 de la Carta Magna giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia –jurídica o moral– del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos.





3. Voto particular discrepante del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré⁽⁸⁾

En este voto particular se acusa a la Sentencia de carecer de una adecuada argumentación y de elevar a rango constitucional una postura ideológica. El Magistrado aboga por la desestimación del recurso por entender que no había en este caso ningún conflicto constitucional. Si no hubo negativa a la dispensación de la conocida como «píldora del día después», ni sanción por esa causa, no pudo haber lugar al conflicto personal que trata de ampararse en la objeción de conciencia. Puesto que no existe el amparo cautelar, por consiguiente, cuando no existe lesión a derecho constitucional alguno, no hay posibilidad de su reparación.

Al margen de lo anterior, el Magistrado discrepa de la ponderación de intereses en juego que lleva a cabo la Sentencia. A su juicio, al realizar la labor de ponderación, la Sentencia de la mayoría prescinde abiertamente de toda consideración acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos, como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; es éste un factor que simplemente se ignora. A su entender, no cabe olvidar que la obligación de dispensar medicamentos en las oficinas de farmacia responde a las previsiones del artículo 43 de la Constitución, que reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, siendo la ley la que establece los derechos y deberes de todos al respecto. Una previsión constitucional, la del artículo 43, que en no pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha vinculado al derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Norma Suprema.

Por último, discrepa del valor otorgado a los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y al código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, que, en su opinión, se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales. Las previsiones de estos estatutos y de las normas deontológicas se habrán de desarrollar de conformidad con lo que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico. Pero la única norma aquí invocable, digna de atención, es un decreto de Andalucía que regula las existencias mínimas con las que deben contar en esta Comunidad Autónoma las oficinas de farmacia, entre las que se encuentra la «píldora del día después», y que el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez expuestas las circunstancias del caso, las alegaciones de las partes, la postura mayoritaria del Pleno del Tribunal Constitucional y el contenido de los votos particulares, estamos ya en condiciones de adentrarnos en un análisis crítico de la Sentencia 145/2015, cuyo contenido ofrece más sombras que luces, lo que ha dado lugar a críticas tanto desde los sectores favorables al reconocimiento de la

(8) Se adhiere a este voto particular el Magistrado don Juan Antonio XIOL RÍOS.





LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

objección de conciencia farmacéutica como desde aquellos otros contrarios a dicha posibilidad⁽⁹⁾.

Se hará hincapié en cinco cuestiones que nos parecen capitales para una adecuada protección del derecho a la libertad ideológica y religiosa, y se expondrán los motivos que nos llevan a criticar el pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución. Todo ello, sin perjuicio de ser conscientes de que la completa exposición de los temas que vamos a enunciar exigiría un desarrollo mucho más profundo y detallado. Nos limitaremos, básicamente, a un enunciado de los puntos que juzgamos de mayor relieve, pero sin pretender agotar todas las precisiones y matizaciones que exigiría un tratamiento acabado de los mismos.

1. La especial trascendencia constitucional

En nuestro análisis crítico de la Sentencia juzgamos oportuno reparar, en primer lugar, en la valoración de la especial trascendencia constitucional del caso que hace el Tribunal a efectos de la admisión a trámite de la demanda de amparo. Por una parte, se plantea si el recurrente ha cumplido con la obligación de probar esa especial trascendencia constitucional *ex* artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Por otra parte, está la valoración propiamente dicha, por parte del intérprete de la Carta Magna, de la concurrencia o no en este caso concreto de ese requisito de índole procesal que determina la admisibilidad del recurso.

El Tribunal descarta el óbice procesal formulado por el Letrado de la Junta de Andalucía, el cual sostenía que la demanda no justificaba la especial trascendencia constitucional del caso:

«en el escrito de demanda de amparo, bajo el título “relevancia constitucional del caso”, el demandante dedica un apartado específico a razonarla, exponiendo los motivos por los que considera que el pronunciamiento de este Tribunal es importante para la interpretación, eficacia y general aplicación de la Constitución y para la determinación del contenido del derecho constitucional invocado (en referencia al derecho a la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 CE). Señala el demandante de amparo que se trata de una cuestión absolutamente novedosa, pues no existe ningún pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional acerca de si procede que un farmacéutico, en el ejer-

(9) La Sentencia ha dado lugar a varios comentarios doctrinales, todos ellos críticos con la argumentación seguida por el Tribunal: GARCÍA MONTORO, Lourdes, «La objeción de conciencia del farmacéutico respecto a la dispensación de preservativos y de la píldora del día después deja el derecho a la integridad física de la mujer a un lado», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15 (2015), pp. 201-211; BARRERO ORTEGA, Abraham, «La objeción de conciencia farmacéutica», en *Revista de Estudios Políticos*, 172 (2016), pp. 83-107; GALÁN CÁCERES, Julio, «Derecho a la objeción de conciencia de farmacéutico», en *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 178 (2015), pp. 171-176; GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel, «Los farmacéuticos y la objeción de conciencia para el suministro de la ‘píldora del día después’: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9 (2015), pp. 151-155; MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, «La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: otra oportunidad perdida», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 39 (2015).



cicio de su profesión, pueda invocar legítimamente el derecho a la objeción de conciencia para negarse a disponer (y por ello a dispensar) la píldora del día después debido a sus posibles efectos abortivos» (Fundamento Jurídico 3).

Una vez constatado que la demanda hace referencia a esta cuestión, el Tribunal procede a valorar en los términos siguientes si corresponde apreciarla en este caso:

«cabe afirmar que en el presente caso este Tribunal entiende que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], al apreciar que la cuestión suscitada en el recurso de amparo (admisibilidad de la objeción de conciencia de los farmacéuticos que desempeñan su profesión en oficinas de farmacia, en particular respecto de la dispensación de medicamentos con posibles efectos abortivos) permite perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia, supuesto enunciado en la STC 155/2009, FJ 2, letra b)» (Fundamento Jurídico 3).

Estamos de acuerdo en que el caso reunía la exigencia del artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que cabía encajarlo en la letra b) del Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, cuyo tenor se expone a continuación:

«que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna (...), o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE».

Ahora bien, lo que nos parece es que el Tribunal Constitucional ha desaprovechado la ocasión brindada y no ha procedido a aclarar su doctrina sobre el derecho a la objeción de conciencia. Si bien de forma tímida afirma en algún pasaje que la objeción de conciencia es una «derivación» o «manifestación» del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución, al mismo tiempo califica como «singular» la doctrina en este sentido formulada en el Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia 53/1985, a lo que se añade que no efectúa referencia alguna a su consolidada doctrina sobre el contenido y alcance del derecho a la libertad ideológica y religiosa proclamado en el artículo 16.1 de la Norma Suprema. Tampoco se tuvo en cuenta la doctrina sentada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bayatyan contra Armenia*, de 7 de julio de 2011, en el que el Tribunal de Estrasburgo revisó sus planteamientos sobre la objeción de conciencia.

En suma, la única aportación que cabe colegir del pronunciamiento es que es posible alegar el artículo 16.1 de la Constitución en aquellos supuestos en que surja un conflicto entre un deber jurídico y las creencias o convicciones de la persona, si bien la doctrina sentada en el Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia 53/1985 ha de considerarse de carácter excepcional o singular *«en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al art. 30.2 CE (el servicio militar obligatorio), dadas las particulares circunstancias del supuesto analizado por este Tribunal; por un lado, la significativa intervención de los médicos en los casos*



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

de interrupción voluntaria del embarazo y, por otro, la relevancia constitucional que reconocimos a la protección del nasciturus».

Queda sin despejar la duda de si existen otras «particulares circunstancias» que permitirían eventualmente amparar la negativa al cumplimiento de una obligación jurídica por razones de conciencia mediante el recurso al artículo 16.1 de la Constitución, partiendo de la premisa de que se trataría de casos en los que la objeción de conciencia –en palabras del Tribunal Constitucional– trascendería su ámbito propio.

2. El conflicto de conciencia

Otro aspecto que llama la atención de la Sentencia 145/2015 es que considera que la sanción impuesta al demandante por no disponer de existencias del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg. ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad ideológica, mientras que no aprecia lesión en la sanción relativa a la ausencia de preservativos. Las razones las expresa el Tribunal en los términos que se transcriben seguidamente:

«es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto» (Fundamento Jurídico 6).

El voto particular concurrente que formula el Magistrado Andrés Ollero Tassara pone de manifiesto acertadamente el error que comete el Tribunal al llevar a cabo el juicio de conciencia y pronunciarse sobre una cuestión que no le compete:

«las exigencias del artículo 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia –jurídica o moral– del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos».

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 16.1 de la Constitución deja claro que este derecho fundamental protege un claustro íntimo de creencias y un espacio de autodeterminación intelectual vinculado a la propia dignidad individual. A lo que se añaden las exigencias de la neutralidad e imparcialidad de los poderes públicos, que, como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son incompatibles con cualquier poder de apreciación por parte del Estado en cuanto a la legitimidad de las creencias religiosas o las modalidades de expresión de las mismas⁽¹⁰⁾.

(10) Cfr., por ejemplo, el párrafo 120 del asunto *Bayatyan contra Armenia*, en el que se sintetiza esta doctrina.



La postura de los órganos judiciales ante la alegación de que un deber jurídico es contrario a las creencias o convicciones de una determinada persona solo puede ser la que señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Bayatyan contra Armenia*: cuando la oposición a un deber jurídico está motivada por un conflicto grave e insuperable entre la obligación y la conciencia de una persona en la que sus convicciones sinceras y profundas, de naturaleza religiosa u otra, constituyen una convicción que alcanza un grado suficientemente fuerte, serio coherente e importante, procede aplicar el contenido del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En cuanto a saber si, y en qué medida, la objeción pertenece al ámbito de protección de este derecho, es algo que debe ser examinado en función de las circunstancias propias de cada asunto⁽¹¹⁾.

3. La «interpositio legislatoris»

En materia de reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, la doctrina del Tribunal Constitucional erige como cuestión nuclear el alcance que se debe otorgar a la *interpositio legislatoris*. No es casualidad, por tanto, que los tres votos particulares hagan expresa mención a esta cuestión. Recordemos que en la Sentencia 15/1982 el máximo intérprete de la Constitución sostuvo que la regulación legal no era necesaria para reconocer la objeción de conciencia, sino para regular su ejercicio en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia. Posteriormente, en la Sentencia 160/1987 precisó que la objeción de conciencia supone una excepción que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso. De ahí la necesidad de la *interpositio legislatoris* para que el legislador contraste la excepción de forma expresa con la satisfacción del interés común.

A nuestro modo de ver esta última postura conlleva una vulneración del artículo 16.1 de la Constitución, pues el derecho de la persona a manifestar sus creencias y a comportarse de acuerdo con ellas no exige que el comportamiento en cuestión esté contemplado de forma expresa en una disposición normativa infraconstitucional. Por lo demás, no es realista pensar que cada vez que el legislador elabora una norma ha procedido a evaluar los posibles conflictos de conciencia que esa disposición puede generar y a decidir si procede o no admitir excepciones a su cumplimiento basadas en criterios éticos, morales o religiosos. Mediante la exigencia de la intervención legislativa, se está dejando la eficacia de un derecho fundamental en manos de la sensibilidad o previsión de un legislador que no suele tomar estas cuestiones en consideración cuando elabora una norma y que tampoco puede prever todos los posibles choques entre convicciones personales y obligaciones jurídicas.

El Tribunal Constitucional ha analizado diferentes conflictos entre creencias o convicciones sin que tales supuestos sean resueltos a partir de la lógica de la objeción de conciencia, sino como el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, que debe ser garantizado a toda persona sin discriminación alguna, tanto directa

(11) Cfr: el párrafo 110 de la Sentencia indicada.



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

como indirecta. Baste con recordar los conflictos en el ámbito de las Fuerzas Armadas⁽¹²⁾ y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado⁽¹³⁾ o los relativos a las transfusiones de sangre⁽¹⁴⁾. En la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, el Tribunal deja claro que

«[l]os derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas –concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria– son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales. Por ello (...) es obligado hacer una afirmación desde la perspectiva constitucional que nos corresponde: los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente –por lo que ahora específicamente interesa– del derecho a la libertad religiosa, que proclama el art. 16.1 CE» (Fundamento Jurídico 11).

En el tema de la *interpositio legislatoris* otro aspecto que el Tribunal Constitucional no resuelve es el relativo a la existencia de leyes autonómicas que admiten la objeción de conciencia del farmacéutico. En concreto, la Ley de La Rioja 8/1998, de 16 de junio, de Ordenación Farmacéutica, reconoce en su artículo 5.10 la objeción de conciencia del farmacéutico, siempre que no se ponga en peligro la salud del paciente o usuario. La Ley de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, en materia de Ordenación Farmacéutica, garantiza en su artículo 6 el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico, siempre que no limite o condicione el derecho a la salud de los ciudadanos. Cuando se produzca tal circunstancia, la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales podrá adoptar medidas excepcionales que, preservando el derecho a la objeción de conciencia, garanticen el derecho a la salud del ciudadano. La Ley de Cantabria 7/2001, de 19 de diciembre, de Farmacias, señala que la Administración sanitaria garantizará que el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico no limite o condicione los derechos de los ciudadanos, adoptando las medidas oportunas (artículo 9.2). Por último, el artículo 17 de la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, reconoce la objeción de conciencia prácticamente en los mismos términos que las anteriores.

Estas leyes, por un lado, no concretan ni los supuestos en que es legítimo el recurso a la objeción de conciencia ni las medidas que se deben adoptar por la Administración para evitar que se vean perjudicados los derechos de los usuarios de los servicios farmacéuticos. Por otro lado, plantean una cuestión general, que es la relativa a si los farmacéuticos pueden tener derechos ligados a su dignidad personal distintos en función de la Comunidad Autónoma en la que desarrollen su actividad. Era una buena ocasión para que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre esta cuestión, pues no parece de recibo que la objeción de conciencia esté prevista en cuatro Comunidades Autónomas, mientras que en el resto quepa la duda de si es posible o no su ejercicio al guardar la legislación silencio al respecto.

(12) Cfr: la Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre.

(13) Cfr: la Sentencia 101/2004, de 2 de junio.

(14) Cfr: la Sentencia 154/2002, de 18 de julio.



4. Los límites a la objeción de conciencia

El Tribunal Constitucional recalca que la imposición de la sanción a que fue acreedor el demandante no derivó de su negativa a dispensar el medicamento a un tercero que se lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. En segundo término, añade que en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación «de la píldora del día después» se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubicaba en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro.

Los votos particulares discrepantes critican el juicio de ponderación que hace la Sentencia y consideran que deben primar en este caso los derechos de la mujer a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud (artículos 15 y 43 de la Constitución).

Consideramos que la Sentencia realiza una ponderación entre la libertad ideológica y religiosa del farmacéutico y la normativa de ordenación farmacéutica excesivamente parca. Parece que se eleva a dato relevante el hecho de que la farmacia estuviera ubicada en el centro urbano de Sevilla, de donde se deduce la existencia de otras oficinas cercanas. Esta premisa genera una gran inseguridad jurídica, pues deja sin responder qué ocurre en el caso de pequeñas localidades (¿qué distancia se considera razonable?), en situaciones de urgencia o en el caso de relaciones sexuales no consentidas.

Los votos particulares tampoco ofrecen pautas concretas ni requisitos que deban darse para resolver el juicio de ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto. Es indiscutible que la posición del farmacéutico entra en colisión con el derecho a la integridad física y psíquica de la mujer, así como con su derecho a la salud, pero ni es posible efectuar una ponderación en abstracto que permita decidir qué derechos deben prevalecer en todos los supuestos, ni tampoco se debería asumir que esa ponderación ha sido realizada por el legislador al prever las existencias con las que deben contar las oficinas de farmacia. Como recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia 154/2002,

«[1]a aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho –que no es ilimitado o absoluto– a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones» (Fundamento Jurídico 7).



LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

5. El recurso al Derecho internacional

Por último, no podemos dejar de hacer mención a las referencias al Derecho internacional que se efectúan en la Sentencia y en los votos particulares. Los Fundamentos Jurídicos en los que el Pleno basa su pronunciamiento omiten todo tipo de referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que los votos particulares discrepantes, en sintonía con el Letrado de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal, insisten en que debió darse un mayor relieve a la Decisión de 2 de octubre de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resolvió el caso *Pichon y Sajous contra Francia*, relativo a la negativa de unos farmacéuticos franceses a dispensar un medicamento contraceptivo. En este asunto, el Tribunal sostuvo que la venta del producto era legal, que se debía efectuar bajo prescripción médica y que las farmacias eran el único establecimiento en el que se podía adquirir. Dados estos datos, los recurrentes no podían hacer prevalecer sus convicciones frente a terceros e imponérselas, dado que las podían manifestar por otros medios fuera del ámbito profesional. Entendió el Tribunal que en este caso no se producía un conflicto de conciencia que interfiriera con los derechos protegidos por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No estamos de acuerdo en que una decisión de inadmisibilidad en la que no ha habido un pronunciamiento sobre el fondo se pueda elevar a parámetro a partir del cual juzgar si en un caso concreto se ha vulnerado o no el artículo 16.1 de nuestra Constitución, pues el artículo 10.2 de la Constitución no puede conllevar una merma de las garantías que la propia Carta Magna reconoce. Sí echamos en falta la ausencia de toda mención al asunto *Bayatyan contra Armenia*, resuelto por la Gran Sala el 7 de julio de 2011, en el que el Tribunal de Estrasburgo deja claro que la oposición a un deber jurídico motivada por un conflicto grave e insuperable entre la obligación y la conciencia de una persona entra dentro del ámbito de protección del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

En este último caso, la Corte de Estrasburgo nos recuerda que una sociedad democrática viene caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. Aunque a veces haya que subordinar los intereses de los individuos a los del grupo, la democracia se caracteriza por la supremacía constante de la opinión de una mayoría pero demanda un equilibrio que asegure a los individuos minoritarios un trato justo y que evite todo abuso de una posición dominante. Así, una situación donde el Estado respeta las convicciones de las personas que entran en conflicto con un deber legal, lejos de crear desigualdades injustas o una discriminación, es, de hecho, una manera de asegurar el pluralismo, la cohesión, la estabilidad y la promoción de la armonía religiosa y la tolerancia en el seno de la sociedad.

VI. CONCLUSIONES

Tras la Sentencia 145/2015 del Pleno del Tribunal Constitucional se han acrecentado las dudas sobre la naturaleza de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico. La argumentación del Tribunal deja muchas cuestiones sin resolver e incurre en autén-





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

ticas fallas argumentativas. La existencia de tres votos particulares y las valoraciones críticas que ha recibido el pronunciamiento corroboran cuanto acabamos de afirmar.

El Tribunal ha mantenido la doble consideración de la objeción de conciencia que se recogía en su jurisprudencia: la temprana calificación de la misma como un derecho fundamental reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, y la posterior conceptualización de la objeción como un derecho constitucional autónomo, no fundamental, para cuyo ejercicio es requisito imprescindible la *interpositio legislatoris*.

A nuestro modo de ver, esta contradicción es irresoluble porque se ha extendido de manera acrítica el instituto de la objeción de conciencia, el cual tiene un origen muy preciso que lo vincula con la negativa al cumplimiento del servicio militar obligatorio. Es inadecuado, a nuestro modo de ver, calificar como casos de objeción de conciencia todos aquellos en los que una persona se niega al cumplimiento de un deber jurídico por entender que entra en conflicto con sus creencias o convicciones. Y ello es así porque al canalizar estos casos como situaciones de objeción de conciencia se produce un desenfoque de los problemas. En lugar de centrar el supuesto como un conflicto entre bienes jurídicos, se plantea como la petición de un tratamiento de excepción que, a priori, choca con el igual sometimiento de todos al ordenamiento jurídico.

Nos atrevemos a sugerir que se ponga fin a esa extrapolación de la objeción de conciencia para un enfoque adecuado de los conflictos entre creencias o convicciones y deberes jurídicos. El tratamiento de estos supuestos no puede ser otro que el encuadrarlos en el artículo 16.1 de la Constitución, que al reconocer el derecho a la libertad ideológica y religiosa faculta a la persona a comportarse de acuerdo con sus postulados éticos, morales o religiosos, siempre que no entren en colisión con el orden público protegido por la ley. A lo que se debe añadir la incidencia de la discriminación indirecta, entendida como el perjuicio causado por normas o disposiciones de carácter neutral que no tienen una finalidad discriminatoria. Esta premisa obligaría al juzgador, en los supuestos en que surja un conflicto entre las creencias o convicciones de una persona y un deber jurídico, a comprobar si ese conflicto es real, si las creencias o convicciones tienen el suficiente grado de coherencia y seriedad que exigiría una excepción al cumplimiento del deber, y a llevar a cabo una ponderación de los bienes jurídicos en conflicto en función de las circunstancias del caso.





NOVEDADES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL PROBLEMA DE LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. UNIDADES DELICTIVAS.
- III. LOS CONCURSOS «IDEAL» Y «MEDIAL» DE DELITOS.
- IV. EL CONCURSO REAL DE DELITOS.
- V. LA DENOMINADA «REFUNDICIÓN DE CONDENAS».
- VI. PERSPECTIVA «DE LEGE FERENDA».

I. INTRODUCCIÓN

La contribución que aquí ofrecemos, por amable invitación de la dirección de la nueva Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (a la que deseamos una larga y fructífera andadura), tiene que ver con un problema del que vengo ocupándome, con cierta intermitencia, desde la tesis doctoral: el de las reglas legales relativas a la unidad y pluralidad de delitos. Obviamente, el motivo de volver una vez más sobre este particular tiene que ver con la más reciente reforma de nuestro Código penal, operada por las Leyes Orgánicas 1/2005 y 2/2015, ambas de 30 de marzo. Si bien las modificaciones introducidas por la primera de estas Leyes en la regulación de la materia que nos ocupa no son en sí muy importantes –en cuanto que, como indicaremos, la conservan en sus aspectos fundamentales–, operan en un contexto de significativos pronunciamientos jurisprudenciales en relación a alguno de sus extremos, lo que justifica volver a considerar globalmente la materia, reiterando las oportunas indicaciones críticas y avanzando algunas otras en relación a los aspectos objeto de esta última reforma.

Seguiremos, a tal efecto, el siguiente esquema: en el apartado 2, centrado en los diversos supuestos de unidad delictiva⁽¹⁾, abordamos, sucintamente, el pro-

(1) Para la separación entre delito único y pluralidad delictiva mantenemos el punto de vista ampliamente desarrollado en las contribuciones citadas en la nota siguiente, y que aquí no podemos reproducir.



blema del concurso aparente de normas penales, aludiendo también a la (fallida) reforma del delito continuado. Entrando ya en el concurso efectivo de delitos es necesario ocuparse, en el contexto del denominado concurso ideal, del importante cambio legal que supone la separación entre su tratamiento y el del denominado concurso medial de delitos, hasta ahora equiparados, así como de la nueva jurisprudencia (con Acuerdo de Sala de por medio) relativa a algunas hipótesis de concurso ideal homogéneo (apartado 3). Pasando al ámbito del concurso real, las novedades más significativas, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, tienen que ver con la técnica convencionalmente conocida como «refundición de condenas», de la que nos ocupamos en el apartado 5 de esta contribución. Pero no hay que olvidar que la reforma recién aprobada afecta también a las reglas relativas a los límites máximos de cumplimiento de penas en supuestos de concurso real de delitos, especialmente en el caso de que una de las penas concurrentes lo sea la de prisión permanente revisable, novedad fundamental de esta Ley Orgánica 1/2015 (apartado 4). Y cerraremos con unas inevitables consideraciones *de lege ferenda*, pues si algo caracteriza a la regulación de la materia que nos ocupa es la necesidad de una radical transformación que, tampoco en esta ocasión, se ha planteado siquiera el legislador (apartado 6).

Todo ello, con la concisión exigible a un trabajo de estas características, lo que se traduce también en una reducción al mínimo de las referencias bibliográficas. Por otra parte, nuestra previa ocupación con la materia⁽²⁾ excusará que recurramos con alguna frecuencia a trabajos propios, que en todo caso recogen ulteriores referencias bibliográficas.

Baste recordar que la existencia de una infracción única, pese a la apariencia contraria, cabe deducirla por distintas vías, reconducibles todas ellas a un pensamiento común: basta con la simple aplicación de un tipo penal y la sanción conminada al supuesto fáctico allí previsto para colmar el total desvalor del hecho; lo contrario supondría una mácula al principio «non bis in idem». Ello sucedería en tres grupos de supuestos: el concurso aparente de normas penales, donde la interpretación de la conexión existente entre los tipos formalmente concurrentes conduce a la aplicación de uno solo de ellos (el «especial», o el «principal», etc.), lo que supone apreciar un solo delito; las denominadas «unidades típicas en sentido estricto», donde la formulación típica «capta» o «abraz» actos singulares desde el punto de vista naturalista, haciendo de ellos una unidad valorativa o legal y, finalmente, las «unidades típicas en sentido amplio», donde la sucesiva realización del mismo tipo no multiplica el número de delitos, siempre que pueda hablarse de una simple intensificación (en términos cuantitativos) del contenido de injusto del hecho, persistente una misma situación de motivación o culpabilidad unitaria, lo que sucede tanto en los supuestos de la (impropiamente) denominada «unidad natural de acción», como en los del «delito continuado», en la única forma en la que éste es, a nuestro entender, admisible. Sigue un planteamiento semejante, entre otros autores, GONZÁLEZ RUS, J.J. «Artículos 73 y 75 a 78», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Madrid 2000, pp. 903-1052 (pp. 920 ss.)

(2) Especialmente, en las monografías *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid 1986 y *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría del concurso en Derecho Penal*, México D.F. 2012; así como en los trabajos «El concurso de delitos en la reforma penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid 1995, pp. 191-239 y «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada 1999, pp. 505-520.

II. UNIDADES DELICTIVAS

Comencemos por las hipótesis de unidad delictiva. Se plantea aquí el problema de si debe el legislador fijar criterios que permitan separar la infracción singular de la pluralidad de delitos, estableciendo, en su caso, las oportunas reglas sancionadoras. En anteriores contribuciones, hemos insistido en nuestro rechazo a la necesidad de una intervención legislativa en este ámbito, con argumentos que damos aquí por reproducidos. Se debe dejar al arbitrio del juzgador y a las reglas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular (bien porque el tipo legal así lo exija –unidades típicas en sentido estricto–, o cuando menos lo permita –unidades típicas en sentido amplio–, bien por la existencia de un conflicto meramente aparente de leyes penales) y cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis concursal.

a) Ello vale, en primer lugar, en relación al *concurso aparente de normas penales*. La disparidad de puntos de vista a la hora de concretar los principios de solución de estos conflictos aparentes de leyes penales provoca que, con buen criterio, la mayor parte de los Códigos penales europeos opten también por dejar abierto este problema interpretativo al criterio del Juez o Tribunal correspondiente. De ahí nuestra oposición, desde un primer momento, a un precepto como el actual artículo 8 CP, completamente superfluo y perturbador⁽³⁾, que, sin embargo, no se ve afectado por esta última (y amplia) reforma del Código Penal.

En lo que sí abunda la mencionada reforma es en la criticable tendencia, de la que nos hemos hecho eco en alguna contribución reciente⁽⁴⁾, a incorporar al texto legal «cláusulas concursales», en cuya virtud el legislador cede a la tentación de fijar, de manera apodíctica, cómo debe resolverse el caso en que un supuesto de hecho aparece *prima facie* subsumible bajo dos o más preceptos del Código Penal, decidiendo si el concurso lo es de normas penales o de delitos, determinando incluso en el primer caso el criterio interpretativo aplicable y, en el segundo, la clase de concurso (ideal o real) de que se trate, o fijando reglas *ad hoc* que no coinciden con ninguno de los anteriores supuestos. Ya en referencia al anterior Código Penal, destacaba GARCIA ALBERO «el efecto distorsionador de tal técnica legislativa» y proponía, de *lege ferenda*, «suprimir tales cláusulas, dejando al intérprete la tarea de discernir entre el concurso ideal, el real y el concurso aparente con los instrumentos habituales»⁽⁵⁾. Pues bien, el Código Penal vigente, lejos de atender tan prudente advertencia, multiplica significativamente el número de tales cláusulas y lo ha ido incrementando incluso en las sucesivas reformas que ha experimentado desde su aprobación, como también lo hace en esta última. Si

(3) Ya así en SANZ MORÁN, A.J. «Las reglas relativas...», cit. (nota 2), pp. 507 ss.

(4) Véase SANZ MORÁN, A.J. «Acercas de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal», en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013, pp. 211-225; y, en relación a la última reforma del Código Penal, «El concurso de normas o leyes. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Supuestos específicos de la parte especial en los Anteproyectos de 2012 y 2013», publicación electrónica en la página web del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia: http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp, 2013.

(5) Véase GARCÍA ALBERO, R. «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona 1995, p. 339.

bien referidos al texto del Proyecto de 20 de septiembre de 2013 (no coincidente, en muchos aspectos, con la versión finalmente aprobada), hemos analizado algunos de estos supuestos en otro lugar⁽⁶⁾, lo que nos excusa aquí de una consideración más detenida.

Para añadir confusión –lo recordábamos en estas otras contribuciones a que acabamos de referirnos–, también el Tribunal Supremo, a través de esa técnica tan discutida de los Acuerdos de Sala adoptados en Plenos no Jurisdiccionales⁽⁷⁾, tercia también en la decisión de determinados conflictos normativos; cambiando incluso en ocasiones de parecer sin explicación suficiente⁽⁸⁾. Y, enmarañando aún más la situación, en algún supuesto es de nuevo el legislador quien sale al paso de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo a través de intervenciones que los invalidan.

En definitiva, habría que reducir al mínimo imprescindible las numerosas cláusulas concursales contenidas en la parte especial del Código –e incrementadas, insistimos, en su última reforma–, dejando al arbitrio del juzgador y a las normas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular y cuándo estamos, por el contrario, ante un concurso efectivo de delitos.

b) Como tampoco debería establecerse regla alguna relativa al denominado *delito continuado*. Fuera de aquellos supuestos de «extensión» o «ampliación» del concepto de «unidad natural de acción», carece de toda justificación la admisión de la figura de un delito continuado, con la consecuencia del tratamiento punitivo privilegiado frente al concurso real homogéneo, máxime allí donde la aceptación de tal figura se deba sólo a razones de economía procesal. Nos encontramos en los supuestos convencionalmente denominados «delito continuado» o ante un delito único, en la dirección que hemos apuntado, o ante un concurso real homogéneo, que como tal debe ser tratado. No se trata, entonces, de ficción alguna, sino de un simple problema interpretativo: determinar si, en la situación concreta, lo que desde un punto de vista formal aparece como reiterada realización del tipo, puede ser caracterizado, valorativamente, como un solo delito por darse los requisitos subjetivos (idéntica situación de motivación) y objetivo (intensificación simplemente cuantitativa del injusto) a que aludíamos en la primera nota al pie de esta contribución⁽⁹⁾.

Pese a ello, ya el anterior Código penal, en la «Reforma Parcial y Urgente» operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, introdujo, como es notorio, en su artículo 69 bis, una regla relativa al delito continuado, precedente inmediato de la que recoge el actual artículo 74 CP. De sus carencias y defectos ya nos hemos

(6) Véase SANZ MORÁN, A.J. «El concurso de normas o leyes...», cit. (nota 4), *passim*.

(7) Cfr. al respecto, por todos, MARTÍNEZ FRANCISCO, M. N. *Los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo: Problemática sustantiva y constitucional*, Madrid 2012.

(8) Sin abandonar nuestro campo de estudio, baste recordar –volveremos inmediatamente sobre ello– los vaivenes producidos en relación al tratamiento sancionador del delito continuado patrimonial. Véase SANZ MORÁN, A.J. «El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial», en *LA LEY PENAL* n.º 67 (enero de 2010), pp. 10-20.

(9) Intenta, pese a todo, trazar una separación suficiente entre los supuestos de «unidad natural de acción» y los de delito continuado, en la doctrina española más reciente, CARUSO FONTÁN, V. «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la ‘unidad natural de acción’ y el delito continuado», en *Revista Penal* 36 (julio 2015), pp. 36-60.

hecho eco sobradamente, abogando lisa y llanamente por su supresión⁽¹⁰⁾. No lo ha hecho así el legislador en la última reforma, que finalmente no afecta al mencionado precepto.

Debe, no obstante, dejarse constancia, siquiera de manera sucinta, de la pretensión inicial de introducir alguna significativa modificación en la regulación del delito continuado, hasta el punto de que todavía en el texto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el día 4 de octubre de 2013, leemos, en su primer párrafo, que el propósito de proceder a «una profunda revisión del sistema de consecuencias penales», se articula, entre otras medidas, a través de la «revisión de la regulación del delito continuado»; y en su apartado cuarto se extiende la mencionada Exposición de Motivos sobre el alcance de la reforma proyectada que se centraba en tres aspectos: la restricción de su alcance, mediante la exigencia de cercanía «temporal»⁽¹¹⁾ entre las sucesivas acciones que forman la continuidad y la exclusión de la posible aplicación de esta figura de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual y demás bienes jurídicos personalísimos, excepto el honor; mientras que el tercero de los aspectos objeto de reforma se ceñía al ámbito sancionador, prescindiendo de la referencia al denominado «delito masa» e incorporando una confusa regla punitiva que también fue objeto de amplia crítica.

Dado que el Informe de la Ponencia en el Congreso, aceptando distintas enmiendas de supresión, decidió dejar a un lado estas distintas modificaciones proyectadas en el artículo 74 CP, no tiene sentido entrar a considerarlas con detenimiento⁽¹²⁾. Pero su mismo planteamiento abona la necesidad de prescindir de una previsión legal como la del precepto que nos ocupa. El cambio penológico pretendido (dejando ahora a un lado los problemas suscitados por su desafortunada redacción) es una muestra más de que la existencia misma de esta figura está decisivamente condicionada por el hecho de mantener el anacrónico principio de acumulación material de penas como punto de partida para el tratamiento del concurso real o material de delitos, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante; y expresa también el fracaso en la previsión de un

(10) Véase sólo en SANZ MORÁN, A.J. «Las reglas relativas...», cit. (nota 2), pp. 510 ss. y, últimamente, en «Concursos de normas y de delitos: Artículos 74, 76 y 77 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia 2013, pp. 283-289 (pp. 284-5)

(11) Los Anteproyectos de 11 de octubre de 2012 y 3 de abril de 2013 exigían incluso «cercanía espacial», lo que fue objeto de crítica unánime. Encontramos un minucioso análisis de los cambios operados en la regulación de esta materia, de uno a otro Anteproyecto y de éstos al Proyecto remitido a las Cortes Generales y al texto definitivamente aprobado por éstas en GUARDIOLA GARCÍA, J. «Concurso de delitos: Artículos 74, 76 y 77 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord), *Estudio crítico...*, cit. (nota 10), pp. 261-281 (pp. 261 ss y 269 ss.); el mismo, «El concurso de delitos en el Proyecto de reforma del Código Penal: Análisis crítico», en *ReCrim* 2013, pp. 113-126 (pp. 116 ss.); el mismo, «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia 2015, pp. 289-322. Cfr., además, SUÁREZ LÓPEZ, J.M. «Reglas especiales de aplicación de las penas», en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid 2015, pp. 199-222 (pp. 200-203).

(12) Me remito a las indicaciones recogidas por GUARDIOLA GARCÍA en las contribuciones citadas en la nota precedente.

modo adecuado de respuesta en el caso de delitos continuados patrimoniales⁽¹³⁾. La limitación de la apreciación de esta figura a los supuestos de cercanía temporal entre las distintas acciones que forman la continuidad es una (tímida) expresión de la necesidad de aproximar esta figura a los supuestos, estructuralmente próximos, de la denominada «unidad natural de acción». Y en lo que se refiere a la exclusión de los delitos contra la libertad sexual y demás bienes jurídicos personalísimos (excepto el honor), el hecho de que al establecer esta excepción se prescindiera de la referencia actual a la identidad de víctima muestra que sigue sin entenderse cuál es el problema que presentan los bienes personalísimos en orden a la apreciación de un solo delito continuado: que, en el caso de verse afectados tales bienes jurídicos, la pluralidad de víctimas impide hablar de un único injusto típico, aunque intensificado, de modo que habrá que apreciar tantos delitos como víctimas. Pero si la víctima es la misma, no debería haber problema para admitir, dados los demás requisitos, un delito continuado, aunque el bien jurídico afectado sea eminentemente personal: sucesivas llamadas telefónicas amenazantes a la misma víctima, como un solo delito de amenazas, por poner un ejemplo de bien jurídico personalísimo distinto del honor o la libertad sexual.

Por lo demás, tampoco la jurisprudencia más reciente acierta a caracterizar adecuadamente el problema del delito continuado, al estar anclada en aquel modelo explicativo (de origen alemán) que parte de la unidad de acción y no de la unidad de realización típica, a la hora de separar la unidad y pluralidad de delitos, como lo pone de manifiesto la STS 905/2014, de 29 de diciembre (RJ 2014, 6716), cuyo fundamento jurídico décimo (redactado, por lo demás, con notable claridad) recurre, en la determinación de la existencia de un delito continuado, a la categoría «unidad jurídica de acción», que separa a su vez de la «unidad de acción en sentido natural», la «unidad natural de acción» y la «unidad típica de acción»⁽¹⁴⁾

III. LOS CONCURSOS «IDEAL» Y «MEDIAL» DE DELITOS

Pasamos a las modificaciones habidas en la regulación del concurso ideal de delitos (artículo 77 CP). En primer lugar, y antes ya de producirse la reforma legal que aquí nos ocupa, el Tribunal Supremo, según Acuerdo de la Sala de lo Penal, en Pleno no Jurisdiccional celebrado el pasado 20 de enero de 2015, ha adoptado una decisión cuando menos controvertida, en relación a una cuestión que ha sido objeto de amplio debate en la doctrina y jurisprudencia española: cuál sea el tratamiento más adecuado de algunas hipótesis de concurso ideal homogéneo; en particular el caso de una sola acción que produce la muerte de varias personas. La naturaleza de este *concurso ideal*

(13) Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A.J. «El delito patrimonial continuado...», cit. (nota 8), *passim*. Una muestra de estas dificultades en la determinación de la pena del delito continuado de carácter patrimonial la encontramos en las recientes sentencias del Tribunal Supremo, 207 y 250/2015, de 15 y 30 de abril de 2015 respectivamente, cuando tratan de aclarar el alcance del Acuerdo de Sala de 30 de octubre de 2007, cuya «dificultad de interpretación» fue ya expresamente reconocida, por ejemplo, en la STS 527/2010, de 4 de junio.

(14) Más información sobre los posibles modelos metodológicos en el tratamiento de la unidad y pluralidad delictiva en SANZ MORÁN, A.J. *El concurso...*, cit. (nota 2), pp. 115 ss.

homogéneo no es una cuestión pacífica, habiéndose defendido en la doctrina –como es notorio– los tres puntos de vista que, en abstracto, cabe tomar en consideración: que se trata de un delito único –en opinión de GEERDS, «cuando con la acción de arrojar una bomba se causa la muerte a varias personas, estaremos sólo ante un homicidio de gran volumen»–; que es un supuesto de concurso real de delitos –como viene sosteniendo, en la doctrina española, fundamentalmente MIR PUIG–; o que se trata de un caso enteramente asimilable al concurso ideal heterogéneo, punto de vista este último dominante en la doctrina y que también nosotros hemos defendido: se trata de una modalidad de concurso ideal que capta las hipótesis de lesión, en unidad de acción, de bienes jurídicos eminentemente personales de diferentes titulares, pues cuando una acción produce múltiples resultados típicos homogéneos habrá un solo delito siempre que el tipo en cuestión incluya la elevación cuantitativa del objeto de ataque⁽¹⁵⁾.

La cuestión había cobrado un relieve particular en la jurisprudencia española más reciente⁽¹⁶⁾, que venía ofreciendo un amplio abanico de soluciones, distinguiendo según el carácter doloso (e incluso, la clase de dolo) o imprudente de la acción única (así como la naturaleza homogénea o heterogénea de los resultados por ella producidos) en términos que no podemos ahora desarrollar. Pues bien, el antes mencionado Acuerdo de Sala de 20 de enero de 2015 ha resuelto que «los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real, salvo la existencia de regla penológica especial». Ahora bien, como pone de manifiesto la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015 (RJ 2015, 759), primera de las que aplican –salvo error por nuestra parte– este Acuerdo, en la decisión adoptada se atiende decisivamente a las penas resultantes según se aprecie un concurso ideal o real de delitos⁽¹⁷⁾, lo que no deja de ser sintomático. Y como recuerda el voto particular discrepante de uno de los Magistrados (Varela Castro) que formaron la Sala que dictó esta sentencia, sigue, pese a todo, sin

(15) Más detalles en SANZ MORAN, A.J. *El concurso de delitos...*, cit. (nota 2), pp.149-151 y 212-213, con ulteriores referencias bibliográficas y «El concurso de delitos...», cit. (nota 2), pp. 226 ss. En la doctrina española más reciente, defiende de manera particularmente minuciosa la tesis del concurso real, ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, Valencia 2012, pp. 19 ss., 136 ss., 148 ss. y *passim.*, apoyando fundamentalmente su planteamiento en una determinada interpretación del término «hecho» utilizado por el legislador en el artículo 77 CP español, en línea próxima a la que viene defendiendo MIR PUIG.

(16) Exhaustivamente analizada por ROIG TORRES, M. *El concurso ideal...*, cit. (nota 15), pp. 167 ss.

(17) Leemos, en efecto, en la mencionada resolución: «...el problema de fondo es un problema de proporcionalidad de la pena, pues la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo con la previsión del art. 77 CP que, *a priori*, parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica». E insiste en ello, más adelante, la misma sentencia: en el fondo late «un problema de proporcionalidad de la pena pues el régimen del concurso ideal *a priori* aplicable a estos supuestos, no prevé una consecuencia proporcionada a la pluralidad de resultados». Resulta llamativa la constante apelación de la sentencia a la aplicabilidad «a priori» del art. 77 CP a estas hipótesis. Se hace eco del Acuerdo de Sala mencionado en el texto, así como de esta importante resolución judicial ESCUCHURRI AISA, E. «Artículo 77», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I Parte General, Artículos 1-137*, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 713-719, resumiendo, de manera precisa, las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales previas al reiterado Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (pp. 714-716).

explicarse cómo el carácter homogéneo o heterogéneo de los delitos realizados en unidad de acción puede provocar que estemos ante una u otra clase de concurso.

Entrando ya en la reforma del Código Penal, y dejando a un lado alguna otra modificación de menor entidad introducida en el artículo 77 CP⁽¹⁸⁾, destaca, en particular, la desaparición, con el nuevo texto, de la tradicional equiparación entre concurso ideal y conexión medial o teleológica entre delitos. Es sobradamente conocido el origen histórico de esta equiparación: la tesis, sustentada por los más significativos representantes de la «Escuela clásica» italiana, según la cual el criterio delimitador para apreciar la existencia de uno o varios delitos debe situarse en el fin del agente, de manera que dándose unidad de fin y pluralidad de derechos lesionados, el delito medio pasa a convertirse en circunstancia agravante. Superado hace tiempo este planteamiento, la doctrina mayoritaria se inclinaba a considerar que estamos aquí ante una hipótesis de concurso real, que como tal debe ser tratada⁽¹⁹⁾. En lugar de ello, lo que hace el texto ahora aprobado es fijar para este concurso medial un régimen sancionador propio y distinto del previsto para el concurso ideal en sentido estricto (que pervive en sus mismos términos en el actual apartado 2 del artículo 77 CP), pero también diverso del que se establece en los casos de concurso real de delitos, al que después nos referiremos. De los textos respectivos de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de octubre de 2012 y del Proyecto definitivo de septiembre de 2013 (publicado en el BOC el 4 de octubre de 2013, como señalábamos más arriba), se desprende que lo que pretendía el legislador es establecer, tanto en este caso como en el del delito continuado, un tratamiento penal más severo que el de la simple absorción de penas, pero sin llegar a su acumulación⁽²⁰⁾. Lo cierto es que, una vez que se decide, en sede parlamentaria, mantener la regulación precedente del delito continuado, sobre el que se centraban las referencias de la Exposición de Motivos, desaparece de ésta, en el texto finalmente aprobado, toda mención a la regulación del concurso de delitos.

Nos encontramos, en definitiva, ante un criterio sancionador completamente novedoso y sobre cuyo alcance no se pronuncia en absoluto el legislador. De acuerdo con el nuevo artículo 77.3 CP, en el supuesto de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, «se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, para la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los

(18) Como la sustitución del término «infracciones» por el de «delitos», motivada por la supresión del Libro Tercero del Código Penal, que recogía las «faltas», por lo que ahora sólo existen «delitos» de distinta gravedad.

(19) Más información en SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos...*, cit. (nota 2), pp. 216 ss. y «El concurso de delitos...», cit. (nota 2), pp. 227-228, en ambos casos, con ulteriores referencias bibliográficas. También la más reciente monografista del concurso ideal de delitos, ROIG TORRES, M. *El concurso ideal...*, cit. (nota 15), deja fuera de su estudio al denominado concurso medial «porque en esencia se asemeja más al concurso real» (p. 17).

(20) En cualquier caso, como destacaron distintos autores, así como algunos de los Informes técnicos que precedieron a la presentación del Proyecto de Ley, era inexacta la afirmación de la Exposición de Motivos en el sentido de que fueran coincidentes las previsiones sancionadoras del delito continuado y de la conexión medial entre delitos. Amplia información al respecto en los trabajos de GUARDIOLA GARCÍA recogidos en la nota 11. *Cfr.* además, ESCUCHURRI AISA, E. «Artículo 77», cit. (nota 17), pp. 718-719 y SUÁREZ LÓPEZ, J.M. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 210-215. Para los criterios sancionadores en materia de concurso de delitos, sigue siendo fundamental la monografía de CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid 1992.

delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior»⁽²¹⁾.

Como muestra de las dificultades interpretativas de este último apartado del artículo 77 CP, baste recordar el dato de que la Fiscalía General del Estado se ha visto obligada a dictar una Circular (la 4/2015, de 13 de julio de 2015), exclusivamente destinada a «la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos». Y en ella se concluye que el marco vendrá dado, en cuanto a su límite máximo, por «la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos», teniendo además, en cuenta, «el límite de duración previsto en el artículo 76»; mientras que el límite mínimo lo constituye una pena «superior a la concretamente imponible para el delito más grave». Ello obliga a determinar cuál de los delitos es el más grave, teniendo en cuenta el grado de ejecución y la participación, así como las eximentes incompletas y el error de prohibición venible; y a concretar además la pena de este delito más grave «mediante la aplicación de todas las reglas del artículo 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común». Una vez fijado este mínimo que supone la pena aplicable en concreto para el delito más grave, bastará, en la individualización final, con imponer una pena superior a este mínimo⁽²²⁾, pero sin rebasar el límite máximo antes indicado, lo que nos da un amplio margen de arbitrio judicial. Puesto que las reglas del artículo 66 ya han sido tomadas en consideración en la determinación de la pena concreta correspondiente al más grave de los delitos, y en evitación de un posible *bis in idem*⁽²³⁾, entiende la Circular que comentamos que la remisión del art. 77.3 CP al artículo 66 CP, a la hora de individualizar la pena final, lo es sólo a la regla 6.ª del apartado 1 de dicho precepto (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), pero no al resto de las reglas

(21) Como puede observarse, no coincide siquiera la formulación de los límites máximos con la establecida en el apartado anterior para el concurso ideal de delitos, pues en esta última, alude el artículo 77.2 CP a la resultante de la punición separada de las infracciones, pero sin remitir al artículo 66, ni a los límites máximos que para el concurso real de delitos establece el artículo 76 CP. Véase sólo MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Madrid 2015, pp. 80 ss. y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Valencia 2015, p. 586.

(22) Rechaza, con razón, esta Circular, que esta «pena superior a la que habría correspondido...», pueda interpretarse como la «pena superior en grado», pues siempre que el legislador «quiere tal efecto, utiliza una referencia totalmente consolidada», aunque se trate de una interpretación posible de la regla que, con toda probabilidad, se corresponda además con la *voluntas legislatoris*. Defiende, sin embargo, esta posibilidad interpretativa MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. «Artículos 73 a 79», en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código Penal Comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona) 2015, pp. 146-163 (p. 159). Parece también apuntar a esta interpretación SUÁREZ LÓPEZ, J.M. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 214-215, con expresa remisión a las reglas del artículo 70 CP relativas a la determinación de la pena superior en grado.

(23) Previene frente a ello, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, J. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 311-312.



DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

del artículo 66.1 CP, «cuya funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis»⁽²⁴⁾.

Además de la mencionada ampliación del arbitrio judicial, lo más significativo de esta nueva previsión legal es que, con ella, la denominada conexión medial entre delitos puede resultar ahora sancionada –aunque probablemente fuera otra la intención del legislador– con una pena inferior a la que corresponde al concurso ideal de delitos, lo que ya fue destacado, críticamente, en los preceptivos Informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, previos a la remisión a las Cortes del correspondiente Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal. De ahí que –de modo muy revelador– la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, proponga a los Sres. Fiscales, «como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita», concretar la pena final «en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro». Lo que equivale, en términos más descarnados, a esta propuesta: puesto que el legislador se ha equivocado, arbitrando una respuesta punitiva menos gravosa que la pretendida, corrijamos nosotros el error solicitando una pena mayor que la que resulta de la aplicación estricta de la nueva regla.

En definitiva, con el nuevo apartado 3 del artículo 77 CP estamos, sin duda, ante una de aquellas novedades legislativas cuya aplicación va a suscitar serias dificultades, lo que, en este caso, habrá que atribuir en muy alta medida a la cerrazón del legislador frente a las sensatas advertencias y sugerencias recogidas en los preceptivos Informes que precedieron a la presentación del Proyecto de reforma. Ello por no entrar en otras cuestiones adicionales que comienza a plantear ya la doctrina y en las que no podemos detenernos aquí⁽²⁵⁾.

IV. EL CONCURSO REAL DE DELITOS

Y así llegamos al concurso real o material de delitos, donde los cambios resultan, como vamos a ver, menos significativos. Y anticipemos que en ello reside el aspecto más cuestionable de la reforma en la materia que nos ocupa. Pues, en efecto, nunca se insistirá lo suficiente en que la mayor parte de los problemas de la actual regulación de los concursos en el sistema legal español encuentran su origen en la adopción, como punto de partida, del criterio de la acumulación de penas para la hipótesis que ahora nos ocupa.

(24) En el mismo sentido, ESCUCHURRI AISA, E. «Artículo 77», cit. (nota 17), pp. 718-719. De otra opinión, MUÑOZ CUESTA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra) 2015, quienes, aunque resumen con precisión el contenido de la Circular comentada en el texto (pp. 63 ss.), entienden, sin embargo, que la concreción de la pena del delito más grave debe hacerse sin atender al artículo 66 CP, dejando la consideración de éste para la individualización de la pena final (p. 62).

(25) Sirvan de ejemplo, a este respecto, las dos que sugiere GUARDIOLA GARCÍA, J. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 314-315: «¿Qué hacer cuando uno de los delitos en concurso medial tenga indicada la pena de prisión permanente revisable?» y cómo articular la regla del artículo 77.3 CP con la nueva modalidad de asesinato cuando la muerte dolosa de otro se cometa «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra» (artículo 139.1.4.ª CP).



Se mantiene, en efecto, en sus grandes líneas, en el texto reformado, el mismo contenido de los artículos 73, 75, 76 y 78 CP, que recogen el régimen legal de esta modalidad concursal: sigue así partiéndose del principio *tot delicta, quot poenae*, que rige en términos absolutos si las penas son «susceptibles de cumplimiento simultáneo», ejecutándose, caso de penas incompatibles, en orden sucesivo de gravedad (artículos 73 y 75 CP, no modificados por la Ley Orgánica 1/2015), con los límites que se establecen en el artículo 76: «el triple del tiempo por el que se le imponga las más grave de las penas en que haya incurrido» y veinte años (que excepcionalmente pueden llegar a ser veinticinco, treinta o cuarenta), como límite absoluto de privación de libertad (artículo 76 CP), a lo que hay que añadir las (ampliamente criticadas) previsiones del artículo 78 CP relativas al denominado «cumplimiento íntegro de las penas» impuestas.

Las novedades introducidas (dejando para el siguiente apartado las relativas al denominado «concurso posterior o retrospectivo») se limitan, sucintamente expuestas, a las siguientes⁽²⁶⁾. En el artículo 76 CP, se añade a su apartado 1 una última letra «e)» con este tenor: «Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis». Dado que las letras precedentes se ocupan de los supuestos en que, de manera excepcional, el límite máximo de cumplimiento de las penas puede rebasar los veinte años, establecidos con carácter general –llegando incluso hasta cuarenta, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio⁽²⁷⁾–, resulta obligado que la introducción, en la Ley Orgánica 1/2015, de la nueva pena de «prisión permanente revisable», contemple el supuesto en que esta pena concurra con otras, a los efectos de establecer los límites máximos de cumplimiento a que se refiere el precepto que nos ocupa. Obviamente, no es éste el lugar de ocuparnos con los problemas que suscita la pena ahora introducida⁽²⁸⁾, objeto de amplia contestación; baste aquí con una mínima caracterización de las previsiones relativas a su concurrencia con otras penas.

Como indica GUARDIOLA GARCÍA, la doble remisión que contiene esta nueva letra e) del artículo 76.1 CP «tiene por función disipar la duda interpretativa que podría haberse planteado acerca de una eventual eficacia de las limitaciones previstas en las letras b), c) y d) en los casos en que una de las penas concurrentes fuera prisión permanente revisable»⁽²⁹⁾. De este modo, la concurrencia de la prisión permanente revisable con

(26) Dejamos de lado aquellas modificaciones contenidas en alguno de los Anteproyectos previos que no han llegado siquiera al Proyecto de Ley finalmente tramitado en las Cortes, como sucede con la referencia a la exclusión de los delitos leves para el cálculo de los límites del artículo 76, que recogía, con fórmula muy desafortunada, el Anteproyecto de octubre de 2012. Véase, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, J. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 299-300.

(27) Para una consideración crítica de esta reforma, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A.J. «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», en *Revista de Derecho Penal* n.º 11 (enero 2004), pp. 11-40.

(28) De su papel determinante en la (muy criticable) reforma de los delitos contra la vida nos hemos ocupado en «La reforma de los delitos contra la vida», contribución al Libro-Homenaje al Profesor Octavio de Toledo y Urbieto, todavía en prensa cuando se redactan estas líneas.

(29) Véase GUARDIOLA GARCÍA, J. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 298-299.

otras penas se traducirá, fundamentalmente, en el endurecimiento del régimen de cumplimiento de aquella y, concretamente, en la mayor duración del período de cumplimiento exigible para el acceso al régimen abierto o a la libertad condicional, en los términos que establece el artículo 78 bis CP⁽³⁰⁾. Pues es éste, en particular, el precepto que contiene el mencionado régimen de cumplimiento, dado que el nuevo artículo 92 CP, relativo al acceso de los condenados a prisión permanente revisable a la libertad condicional (o «suspensión de la ejecución del resto de pena», en la terminología incorporada en la reforma que nos ocupa), se limita a indicar que, en caso de que la prisión permanente revisable concorra con otras penas, el pronóstico favorable de reinserción social debe referirse a todos los delitos cometidos.

El nuevo artículo 78 bis CP –cuya reproducción obviamos– establece, como acabamos de indicar, plazos mínimos para la progresión al tercer grado (dieciocho años si el resto de las penas impuestas junto a la prisión permanente revisable suman más de cinco años⁽³¹⁾; veinte años si las penas impuestas junto a aquella suman más de quince años; y veintidós años si dos o más de los delitos por los que ha sido condenado el sujeto comportan pena de prisión permanente revisable, o bien concurre ésta con penas que suman veinticinco años o más) o a la suspensión de ejecución del resto de la pena (veinticinco años de prisión en los dos primeros casos que acabamos de indicar, o treinta años de prisión en el tercero). Elevándose a su vez esos plazos, en los términos que establece el apartado 3 del precepto que nos ocupa, «si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales»⁽³²⁾. Aunque el texto definitivamente aprobado mejora las previsiones de alguno de los Anteproyectos, siguen latiendo algunos problemas de correlación con lo dispuesto en otros preceptos, en particular, con lo dispuesto en el artículo 78 CP, y ello pese a las advertencias efectuadas al respecto tanto por el Consejo Fiscal como por el Consejo de Estado en sus respectivos Informes. Por otra parte, resulta llamativo, desde la perspectiva de la coherencia interna, que dos supuestos diferenciados por su gravedad a la hora de acceder al régimen abierto (letras a y b del apartado 1 del artículo 78 bis CP), se consideren de idéntica gravedad cuando se trata del acceso a la libertad condicional

(30) En palabras de MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. «Artículos 73 a 79...», cit. (nota 22), pp. 162-163: «Ya que no cabe exasperación de una pena que por definición no puede ser agravada puesto que es permanente, la regla de acumulación material se resuelve, en este caso, en una agravación, no de la duración de la pena, pero sí de las condiciones de su cumplimiento en lo que concierne a dos aspectos: el acceso al tercer grado y la suspensión del resto de la pena».

(31) De donde se desprende que la imposición, junto a la prisión permanente revisable, de penas cuya suma no llegue a cinco años, carece de significación a los efectos de modificar los plazos de acceso al régimen abierto o a la libertad condicional previstos con carácter general para aquella.

(32) Ofrecen precisos esquemas explicativos del alcance de estas reglas GUARDIOLA GARCÍA, J. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), p. 320 y MUÑOZ CUESTA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones prácticas...*, cit. (nota 24), pp. 57 ss. Véase, además, SUÁREZ LÓPEZ, J.M. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 219 ss. Entiende, por otra parte, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. «Artículos 73 a 79...», cit. (nota 22), p. 163, que, al no decir nada al respecto este artículo 78 bis CP, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, no se ve afectado el régimen de permisos de salida establecido con carácter general para aquella en el artículo 36 CP, así como la regla del artículo 36.3 CP (por una evidente errata, habla este autor del artículo 36.4 CP) relativa al régimen excepcional de acceso al tercer grado de septuagenarios y enfermos graves.



NOVEDADES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL PROBLEMA...

(letra a del apartado 2 del artículo 78 bis CP). Y ha sido objeto de crítica generalizada el criterio, consolidado ya en nuestro sistema legal, y acogido también, como hemos indicado, en este artículo 78 bis CP, de separar del régimen general de cumplimiento de las penas, las impuestas por delitos de terrorismo y asimilados⁽³³⁾.

También se ha visto modificado, finalmente, el artículo 78 CP, precepto que, como es notorio, ha recibido crítica generalizada desde su incorporación al vigente Código Penal de 1995⁽³⁴⁾. No obstante lo cual, en este caso, los cambios introducidos deben valorarse positivamente, en cuanto que desaparece el anterior apartado 2 (introducido en 2003), que convertía en preceptiva la aplicación de lo previsto (con carácter potestativo) en su apartado 1, en los supuestos en los que, de acuerdo con las reglas del artículo 76 CP, la pena a cumplir fuera superior a veinte años y, por otra parte, suprime del régimen excepcional previsto en su anterior apartado 3 (ahora 2) a los «grupos criminales», separándolos así de las «organizaciones criminales» *stricto sensu*. No vamos a detenernos más en un precepto por cuya abrogación nos hemos pronunciado reiteradamente.

V. LA DENOMINADA «REFUNDICIÓN DE CONDENAS»

Mención aparte merece la modificación introducida en el contexto del denominado «concurso posterior», materia que está experimentando una creciente atención doctrinal y jurisprudencial. Como hemos expuesto en otros lugares⁽³⁵⁾, el derecho comparado conoce dos modalidades distintas de este «concurso posterior» (también denominado «adicional» o «retrospectivo»). La primera de ellas hace referencia al supuesto en el que, tras una sentencia firme, se juzga a la misma persona por un delito cometido con anterioridad a aquella y que hubiera podido ser considerado entonces: el Juez o Tribunal que ahora debe fallar construirá una nueva pena global, que sustituye a la ya impuesta, o señalará una pena adicional a la fijada en el primer proceso, criterio este último más respetuoso con el carácter firme de la condena precedente; en ambos casos, garantizando que la multiplicidad de procesos no obste a la observancia de los límites penales máximos fijados para la concurrencia delictiva. Mientras que la segunda modalidad, recogida de ordinario en las leyes procesales, se refiere al caso en el que se imponen diversas penas en otros tantos procesos con inobservancia de las reglas que regulan la concurrencia delictiva, pudiendo entonces el órgano judicial correspondiente —el que dictó la última resolución, o la que contemple la sanción más elevada, o el Juez de Vigilancia, etc.— decretar, en el marco de la ejecución judicial de la pena, el cumplimiento de tales reglas. Por esta doble vía se posibilita la aplicación de las reglas del concurso

(33) Lo cual, como recuerda MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *La reforma del Código Penal de 2015 ...*, cit. (nota 21), «no se aviene bien con el sistema de individualización científica» (p. 84).

(34) Así ya en SANZ MORÁN, A.J. «Las reglas relativas...», cit. (nota 2), pp. 517-518 y, en relación a la reforma experimentada por este precepto en 2003, «Reflexión de urgencia...», cit. (nota 27), pp. 16 ss.

(35) Amplia información en SANZ MORÁN, A.J. *El concurso...*, cit. (nota 2), pp. 228 ss.; «El concurso de delitos...», cit. (nota 2), pp. 232 ss.; «Las reglas relativas...», cit. (nota 2), pp. 518 ss. y, de manera más específica, «Concurso de delitos y pluralidad de procesos», en *Revista Jurídica de Asturias*, n.º 18 (1994), pp.31-49; en todos ellos, con ulteriores referencias doctrinales, jurisprudenciales y de derecho comparado.



tanto si los delitos concurrentes son juzgados en un solo proceso, como si lo son en procesos diversos siempre que, en este último supuesto, los distintos delitos hubieran podido conocerse, atendiendo al momento de su ejecución, de manera conjunta.

También resulta sobradamente conocido cómo nuestro ordenamiento positivo, desconociendo por completo la primera de estas dos modalidades, se refiere a la segunda tanto en el apartado 2 del artículo 76 CP, como en el artículo 988 de la LECrim., que recoge el incidente convencionalmente denominado de «refundición de condenas», dirigido a posibilitar, ya en sede en ejecución de sentencia, la aplicación de los límites previstos, para el concurso real de delitos, en el artículo 76 CP, cuando los delitos concurrentes han sido objeto de distintos procesos. No podemos detenernos en los importantes problemas interpretativos que viene suscitando la aplicación de estos preceptos. Tenemos un ejemplo significativo de ello en los intensos debates suscitados, de una parte, por la denominada «doctrina Parot» (acogida –como es notorio– en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006), en orden a la imputación de beneficios penitenciarios en los supuestos de refundición de condenas⁽³⁶⁾; y, por otra parte, por el criterio seguido por el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 57/2008, de 28 de abril (RTC 2008, 57), a la hora de abonar los períodos pasados en libertad provisional en los supuestos de pluralidad de condenas a penas de prisión, lo que motivó incluso la intervención del legislador en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. El estudio, siquiera somero, de estos problemas desbordaría sobradamente los límites que aquí nos hemos propuesto⁽³⁷⁾.

Ahora bien, la jurisprudencia ha ido llevando a cabo un notable esfuerzo por precisar tanto los requisitos materiales que posibilitan esta refundición de condenas, como los aspectos procesales implicados. Ejemplo de ello lo tenemos, entre las más recientes, en la sentencia del Tribunal Supremo 388/2014, de 7 de mayo (RJ 2014, 2710), que ofrece un minucioso recuento de los pasos a dar en la práctica de dicha refundición, al hilo de la jurisprudencia constitucional y del propio Tribunal Supremo recaída al respecto. Y, a su vez, la misma Fiscalía General del Estado ha dictado también, con posterioridad a la mencionada sentencia, la Circular 1/2014, «sobre la acumulación de condenas» (último de los varios documentos, en ella mencionados, referidos a esta misma materia), dada su «enorme trascendencia a la hora de concretar el *quantum* penológico a aplicar a ejecutoriados con condenas plurales, pues puede tener un relevante impacto en orden

(36) Ofrecimos ya una temprana aproximación a esta sentencia en SANZ MORÁN, A. J. «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero)», en *Revista de Derecho Penal* n.º 18 (mayo 2006), pp. 11-43. Apenas es necesario recordar que el criterio defendido en esta sentencia y confirmado en numerosas resoluciones posteriores, pese a ser (también reiteradamente) avalado por el Tribunal Constitucional (ya desde la sentencia 9/2012, de 29 de marzo), finalmente (y con razón) fue declarado contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013.

(37) Por la misma razón, tampoco podemos abordar el reciente debate en torno al problema de la refundición de sentencias cumplidas en el extranjero, mediatizado, como es notorio, por la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales de la Unión Europea, que transpone la Decisión Marco 2008/2014/JAI. Amplia información al respecto en las sentencias del Tribunal Supremo 874/2014, de 27 de enero de 2015 (RJ 2015, 3348), así como 178 y 179/2015, ambas de 24 de marzo.

a la determinación del tiempo efectivo de privación de libertad a cumplir». Pues bien, tanto la sentencia antes citada, como esta Circular de la Fiscalía General del Estado insisten en que el único criterio relevante a la hora de acumular condenas es el dato (al que a veces se alude con la expresión, no demasiado precisa, de «conexidad temporal») de que «los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión». Y es esto, precisamente, lo que reconoce finalmente el legislador en la reforma ahora operada en el apartado 2 del artículo 76 (con redacción, desde luego, claramente mejorable), al prescindir completamente del requisito de la «conexidad» en sentido procesal, en orden a posibilitar la refundición de las distintas condenas. Se culmina así un proceso que, iniciado por distintas sentencias a comienzos de la última década del pasado siglo⁽³⁸⁾, y pasando por la reforma operada en el artículo 76 por la Ley Orgánica 7/2003 (donde ya se permite, como alternativa a la conexidad, atender al «momento de comisión de los delitos»), lleva ahora a tomar exclusivamente en consideración aquel dato temporal ya reconocido como único relevante –lo acabamos de ver– por la jurisprudencia. En esta medida –e insistiendo en lo mejorable de la redacción– la reforma merece, sin duda, una valoración positiva⁽³⁹⁾.

Cuestión diversa es la de si la fórmula legal utilizada permite entender zanjado el debate relativo al momento «ad quem» a tener en cuenta en el momento de proceder a esta refundición de condenas. Y no parece que la sustitución de la referencia a que los hechos «pudieran haberse enjuiciado» en un solo proceso (redacción anterior), por la ahora existente a «hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo fueron en primer lugar», modifique en absoluto el criterio consolidado, ratificado tanto por la ya mencionada sentencia de 7 de marzo de 2014, como por la Circular 1/2014, en el sentido de que deberá atenderse a la fecha de la primera sentencia recaída, sin exigir su firmeza⁽⁴⁰⁾. Y ello porque, como reconoce esta última Circular, «una vez sentenciados unos hechos, aunque esté pendiente un recurso,

(38) Más información en los trabajos recogidos en la nota 35. *Cfr.* además, SUÁREZ LÓPEZ, J.M. «La unidad efectiva o potencial de enjuiciamiento como límite a la aplicación del criterio de acumulación jurídica», en *CPC* n.º 76 (2002), pp. 121-142.

(39) En el mismo sentido, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, J. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 300 ss. y SUÁREZ LÓPEZ, J.M. «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 203 ss. (208). Crítica con la reforma, también en este aspecto, se manifiesta, sin embargo ACALE SÁNCHEZ, M. «Refundición/acumulación de penas», en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord), *Estudio crítico...*, cit. (nota 10), pp. 255-257, entendiéndose –no acertamos a ver por qué– que el legislador, al eliminar la referencia a la conexión de los delitos, trata de «impedir la refundición, haciendo que las penas se cumplan de forma separada unas de otras, por el orden de su respectiva gravedad, prolongando en todo caso, el tiempo de estancia en vigor». Rechazan también este planteamiento de ACALE, GUARDIOLA GARCÍA y SUÁREZ LÓPEZ, loc.ult.cit. (en esta misma nota).

(40) En tal sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en el Acuerdo de Sala de 29 de noviembre de 2005. Criterio que ha sido ratificado por el reciente Acuerdo de 3 de febrero de 2016: «A los efectos del art. 76. 2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio». En aplicación de este último Acuerdo, la importante STS 144/2016, de 25 de febrero (RJ 2016, 627), aduce, frente a lo que pudiera desprenderse de la nueva redacción del art. 76 CP, razones de seguridad jurídica, coherencia jurisprudencial y el hecho de tratarse de la interpretación más favorable al reo. Sin embargo, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. «Artículos 73 a 79»..., cit. (nota 22), p. 156, indica que el inciso ahora introducido en el artículo 76.2 refleja el criterio que extiende la acumulación, «haciendo abstracción de cualquier otro criterio» a las penas impuestas, «*siempre que el último de los hechos juzgados no se hubiese cometido con posterioridad a la firmeza de las sentencias anteriores*» (cursivas allí).

no es posible enjuiciamiento conjunto con causas seguidas por hechos posteriores» y, por otra parte, si se llevara el límite a la fecha de la firmeza «se privilegiaría a quien interpone un recurso, aunque sea infundado, para desplazar esa fecha en el tiempo, frente a quien acata la sentencia»⁽⁴¹⁾.

Con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley Orgánica 1/2015, ha tenido ocasión de volver el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre este problema de la refundición de condenas, adoptando en su reciente Acuerdo de 3 febrero de 2016 el siguiente criterio: «La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esta condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esta primera sentencia. Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello». Como recuerda la STS 142/2016, de 25 de febrero (RJ 2016, 629), que aplica este Acuerdo, el criterio adoptado en el mismo había sido ya defendido *obiter dicta* por la STS 706/2015, de 19 de noviembre. Sin embargo, la más reciente de las sentencias mencionadas reconoce que hay cuestiones no cerradas, pues el último Pleno no Jurisdiccional no consideró la posibilidad «de decidir sobre la procedencia de la acumulación, siempre y con solo que las penas, en cualquier combinación que respete la regla de que todos los hechos sean anteriores a cualquiera de las sentencias acumuladas, aunque ello implique prescindir de las penas impuestas en alguna sentencia más antigua que todas o alguna de las acumuladas»; ni tampoco resolvió «cuál sea la solución a adoptar si cabe formar más de un bloque con resultado más favorable al reo cuando para eso es necesario desordenar la secuencia temporal de sentencias». En definitiva –viene a concluir la sentencia–, la nueva redacción del art. 76.2 CP «no ha querido fijar prioritariamente un método de cálculo para componer la acumulación obligando a comenzar por las acumulaciones posibles a la más antigua de las sentencias condenatorias sufridas por el penado. Lo que pretende es imponer un límite al resultado de todas y cada una de las combinaciones que efectivamente se puedan llevar a cabo»; pues otra interpretación supondría, «contra reo, transformar lo que es voluntad legal dirigida a ampliar la autorización que implique una disminución del tiempo de condena en una imposición restrictiva que se traduzca en mayor tiempo de cumplimiento».

(41) Se hace eco, no obstante, esta Circular 1/2014, de una sentencia (la n.º 1196/2000, de 17 de julio) en la que se excluyó la refundición de penas por un hecho cometido con anterioridad a la fecha de la sentencia que determina la acumulación, pero en un supuesto en que el hecho que motivó la segunda condena (falso testimonio durante la celebración de la vista oral relativa al primer delito), por su propia esencia, no podía haber sido objeto de enjuiciamiento en un único procedimiento. GUARDIOLA GARCÍA, J. por su parte, «Reglas especiales...», cit. (nota 11), pp. 300 ss., rechaza también el criterio de la firmeza, pero entiende la referencia al «enjuiciamiento conjunto», como alusiva, no a la fecha de la primera sentencia, sino a la de finalización de las sesiones del juicio oral, para evitar «que entre el juicio y la sentencia (...) pueda el sujeto que acumula ya los máximos de cumplimiento –¡pero no de pena impuesta, sino pendiente de imposición!, y por ende incierta todavía– delinquir impunemente» (p. 305).

VI. PERSPECTIVA «DE LEGE FERENDA»

Baste con esta somera caracterización de los cambios operados, en la materia que nos ocupa, por la Ley Orgánica 1/2015, que hemos procurado situar en el contexto de las últimas tendencias jurisprudenciales. Como anticipábamos al comienzo de esta contribución, las modificaciones legislativas son mínimas –apenas significativas si prescindimos de la novedosa y problemática regla de determinación de la pena para el concurso medial y de los mecanismos de adaptación a las reglas concursales de la nueva pena de prisión permanente revisable–, por lo que subsisten aquí los tradicionales problemas que aquejan la regulación de este campo y que derivan, en muy alta medida, de adoptar, como punto de partida, el arcaico criterio de la acumulación material de penas.

Aunque no vamos a proponer aquí una concreta regulación alternativa a la existente⁽⁴²⁾, permítasenos resumir aquellas exigencias político criminales perentorias que deberían concitar la atención del legislador en este ámbito y que, formuladas hace ya unas tres décadas –y con generosa recepción doctrinal–, pretenden ofrecer una regulación que, en lugar de seguir anclada en siglo XIX, apunte a las exigencias del momento presente.

En primer lugar, se debe dejar al arbitrio del juzgador y a las normas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular (bien porque el tipo legal así lo exija –unidades típicas en sentido estricto–, o al menos lo permita –unidades típicas en sentido amplio–, bien por la existencia de un conflicto meramente aparente de leyes penales) y cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis concursal. Con ello reiteramos nuestra oposición a la regulación del delito continuado y del denominado «delito masa», así como a la fijación de los criterios interpretativos en materia de concurso aparente de normas penales.

El Código debería regular solamente las consecuencias penales de la concurrencia delictiva, de la efectiva pluralidad de delitos a cargo de un mismo sujeto. A tal efecto, y pese a las dificultades de separación, en los casos límite, entre unidad y pluralidad de acción en el sentido de la teoría del concurso, hemos abogado por un tratamiento penal diferente para los supuestos de concurso ideal y los de concurso real, si bien con consecuencias punitivas no demasiado dispares en uno y otro caso.

En cuanto a los correspondientes marcos penales del concurso ideal y el real, ambos deberían coincidir en su límite mínimo, poniendo en práctica el principio de «combinación», en el sentido de posibilitar la imposición del mínimo penal más alto («efecto obstructor de la ley más benigna») y de las penas accesorias ligadas a cualquiera de las infracciones. En cuanto al límite máximo, podría regir para el concurso ideal el principio (hoy vigente) de absorción con agravación, mientras que para el real cabría optar por la asperación obligatoria de la pena más grave en que se incurrió, dependiendo la elevación de la amplitud de los marcos penales previstos para las singulares infracciones. En ningún caso podrá rebasarse (y ello tanto en el concurso ideal como en el real) la suma de las penas en las que se incurrió –el principio de acumulación sólo debe intervenir en este sentido «limitador»–, ni el máximo de la correspondiente clase de pena. Se tendrá en

(42) Lo hemos hecho, últimamente, en «Concursos de normas y de delitos...», cit (nota 10), *passim*.



DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

cuenta, por otra parte, que las penas concurrentes pueden ser de naturaleza heterogénea, estableciéndose en tal caso los oportunos módulos de equivalencia⁽⁴³⁾.

Y deberá acometerse, finalmente, la regulación del denominado «concurso posterior» en las dos modalidades que conoce el derecho comparado y a las que nos referíamos sucintamente más arriba.

Siendo estas genéricas exigencias político criminales ampliamente compartidas en la doctrina (más allá de discrepancias singulares en orden, por ejemplo, a la necesidad de regular el delito continuado o separar el tratamiento del concurso real y el del ideal), no cabe sino calificar a la reforma operada en materia concursal por la Ley Orgánica 1/2015, de nueva oportunidad fallida.

(43) El actual debate suscitado por el reciente Acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013, relativo al abono a la duración de la pena impuesta de las compareencias «apud acta» decididas junto a la libertad provisional, pone de manifiesto esta necesidad de establecer reglas concretas de equivalencia entre penas heterogéneas.





LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

MARTA FRIERA ÁLVAREZ

Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. LOS NUEVOS «ANALES». CONTEXTO Y CONTENIDO.
- II. LOS «ANALES» COMO MEDIO DE PROPAGANDA FRANQUISTA. LOS DISCURSOS DEL RECTOR SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN.
- III. LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO DE 1936 A 1949. CURSOS DE CONFERENCIAS, FACULTADES, COLEGIOS MAYORES, BIBLIOTECA Y COLONIAS ESCOLARES.

I. LOS NUEVOS «ANALES». CONTEXTO Y CONTENIDO

En el primer número de *Diálogos Jurídicos* iniciamos el análisis del contenido de la histórica revista *Anales de la Universidad de Oviedo*. La propuesta e invitación fue del profesor Benjamín Rivaya García, entonces decano de la Facultad de Derecho e impulsor de la nueva revista universitaria, que por su sensibilidad histórica quería abrir la nueva etapa con un estudio introductorio que recordase a aquella universidad y a aquellos universitarios⁽¹⁾.

Concluidos la lectura y el análisis de los *Anales*, preferimos dividir el estudio en dos partes, por ser tan distinta la naturaleza y finalidad de la publicación en sus dos períodos, pese a la pretendida continuidad de la misma. El primero (1901-1911) se vincula al *Grupo de Oviedo*, que ideó los *Anales* como un instrumento más para lograr, expresar y transmitir su proyecto regeneracionista. Los profesores del *Grupo* encontraron el medio ideal para recoger y comunicar noticias sobre las actividades académicas, científicas y culturales que se llevaban a cabo con la idea de convertir Oviedo en una Universidad moderna, en las tres vertientes de renovación pedagógica, progreso científico y socialización o externalización.

(1) Además, Rivaya es especialista en una de las épocas que abarcan los *Anales*, la franquista. Vid. RIVAYA GARCÍA, Benjamín. *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.



La Universidad se entendía entonces como una comunidad científica internacional integrada en la sociedad, de modo que era obligada su participación en la extensión de la cultura a grupos tradicionalmente excluidos, primero los obreros pero con la mirada puesta en otros, incluidas las mujeres⁽²⁾.

Aquellos *Anales* duraron lo mismo que el *Grupo de Oviedo*. El primer número apareció en 1901, coincidiendo con la muerte de Leopoldo Alas, figura principal junto con los dos Adolfo: González-Posada y Álvarez-Buylla. La muerte de su hijo marcará, por desgracia, el inicio de los *Anales* franquistas en 1937, lo que no deja de ser significativo y vuelve a mostrar el contraste entre ambas épocas. El quinto y último volumen se publicó en 1911, año en que abandonó Oviedo Rafael Altamira, su último impulsor. No hubo relevo generacional, a pesar de los esfuerzos de otros profesores, como Canello y Sela, y los *Anales* quedaron a medias, como el propio proyecto regeneracionista.

Veintiocho años más tarde, en plena guerra civil española, apareció una nueva publicación universitaria bajo el mismo título de *Anales de la Universidad de Oviedo*, con la pretensión de «reanudar los publicados hasta el año de 1911»⁽³⁾. Se editaron once volúmenes impresos por La Cruz, continuando la numeración de los primeros, desde el número VI hasta el XVI⁽⁴⁾.

Los nuevos *Anales* reflejan parte de la actividad llevada a cabo por la Universidad de Oviedo desde 1936 hasta 1939. Ese es su valor como testimonio histórico y es especialmente importante por el vacío que dejó la guerra en el archivo universitario⁽⁵⁾. El primer volumen comienza con el claustro celebrado el 12 de abril de 1937, que acordó reanudar la vida universitaria interrumpida por la guerra a través de un curso de conferencias que se celebró en agosto en el Instituto de Luarca.

Pero poco tienen que ver con los primeros *Anales* porque su fin es muy distinto. La nueva publicación es un instrumento de propaganda y legitimación del Movimiento Nacional. Su contenido es principalmente la transcripción de los discursos pronunciados

(2) FRIERA ÁLVAREZ, Marta. «Los Anales de la Universidad de Oviedo (1902-1911; 1937-1950). Primera época», en *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 1, 2016, pp. 119-153.

(3) Prólogo del Sabino Álvarez-Gendín, en el volumen VI de los *Anales*. Todos los volúmenes están digitalizados y disponibles en la web del Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo (<http://digibuo.uniovi.es>). 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); y volumen XVI, 1950 (año 1949).

(4) Llevan impreso el sello de la Universidad con la inscripción: «Sigillum Regiae Universitatis Ovetensis». El escudo de la Universidad se explica en el volumen VIII de los *Anales*, con ocasión de la entrega de la bandera de la Universidad al Sindicato Español Universitario (S.E.U.) el 2 de julio de 1939. En el curso 1943/1944 nació el Secretariado o Servicio de Publicaciones, dirigido por el decano de la Facultad de Derecho, a cargo del cual quedaron los *Anales*. *Vid.* volumen XII.

(5) En palabras de Santiago Melón, «los que no vivimos aquellos días disparatados podemos gracias a estos Anales formarnos una idea –pálida idea– de lo que fue la guerra civil en el ámbito universitario». MELÓN FERNÁNDEZ, Santiago. «Datos para la historia de la Universidad de Oviedo durante la guerra civil», en *Astura. Nuevos cartafueyos d'Asturies*, 3, 1985, pp. 69-75.



LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

por el rector Sabino Álvarez-Gendín (1937-1950)⁽⁶⁾ en aperturas y clausuras de cursos y en variadas celebraciones, en diversas instituciones vinculadas a la educación, la cultura y la vida social. Los *Anales* franquistas recogen más de un centenar de acalorados discursos propagandísticos del rector, al modo de otros en otras Universidades en el mismo contexto⁽⁷⁾.

Quizás el cambio más importante que ahora nos interesa destacar es el del propio concepto de Universidad. De los discursos de Álvarez-Gendín y otras conferencias reproducidas en los *Anales*, se desprende que el fin de la nueva Universidad es la formación espiritual y patriótica de ciudadanos españoles y católicos, hombres de la nueva España, lo que coincide con la misión del nuevo régimen⁽⁸⁾. Ya no se trata de formar como profesionales a los burgueses pero mucho menos de extender la cultura al resto de clases sociales. Sólo los más capaces y seleccionados debían ser universitarios, como futuros dirigentes de la sociedad española. La Universidad se presenta como el «cerebro de Asturias» en una nueva visión antropomórfica de la comunidad⁽⁹⁾.

Álvarez-Gendín no pierde ocasión para criticar el método de enseñanza y aprendizaje del *Grupo de Oviedo* que precisamente recogen los primeros *Anales*, especialmente empeñados en la renovación docente. Recordemos que las secciones principales eran la Enseñanza de la Cátedra, para dejar constancia de las clases ordinarias con el trabajo de profesores y alumnos en las distintas asignaturas, y la Extensión Universitaria. En varios de sus discursos, el nuevo rector califica esas clases de frívolas por ajenas a la materia y carecer de orientación magistral ni dirección. También critica las excursiones recreativas y las «chácharas» de clase. Entre otros muchos párrafos, el siguiente expresa claramente la idea: «La Universidad deja de ser un instrumento al servicio del liberalismo que formaba energúmenos

(6) De «alma de la reconstrucción universitaria de Oviedo» le califica CORONAS GONZÁLEZ, Santos Manuel. *Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (1608-2008)*. Segunda edición ampliada. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2014, pp. 193-199. Sobre su rectorado *vid.* SEMPÁU DÍAZ DEL RÍO, Rafael. *La Universidad de Oviedo bajo el franquismo. El rectorado de Sabino Álvarez-Gendín*. Oviedo: Publicaciones Ámbito, 2010. Algunos de los discursos del rector en aperturas de cursos fueron impresos por La Cruz. Así, *Los Estados modernos totalitarios. Conferencias pronunciadas en el cursillo de verano de Luarca* (1938); *Discursos pronunciados por el Excelentísimo Señor Rector de la Universidad don Sabino Álvarez-Gendín en 1937* (1939); *Discursos pronunciados por el Excelentísimo Señor Rector de la Universidad don Sabino Álvarez Gendín en 1938* (1939); *Problemas suscitados por la guerra en materia de edificación y reconstrucción de ciudades. La reconstrucción de Oviedo. Apuntes de las conferencias pronunciadas en el cursillo de primavera de 1938* (1940); *Discursos pronunciados por el Excelentísimo Señor Rector de la Universidad don Sabino Álvarez Gendín, catedrático de Derecho Administrativo* (1941); *Discursos pronunciados por el Excelentísimo Señor Rector de la Universidad don Sabino Álvarez Gendín, catedrático de Derecho Administrativo* (1942); *Discursos pronunciados por el Magnífico y Excelentísimo Señor Rector de la Universidad don Sabino Álvarez Gendín, catedrático de Derecho Administrativo* (1944); *Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1949-1950* (1949).

(7) *Vid.* INFANTE MIGUEL-MOTTA, Javier. «Tiempo de estudio, militancia católica y adhesión entusiasta a la sublevación militar. La estancia en Salamanca del profesor Manuel Torres Cónsul (1936-1940)», en *De nuevo sobre juristas salmantenses: estudios en homenaje al profesor Salustiano de Dios*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2015, pp. 199-229.

(8) Son claras las palabras del catedrático Ignacio de la Concha en un informe con motivo de la celebración de Santa Catalina en 1946. Volumen XIII de los *Anales*.

(9) Son palabras del discurso de apertura del curso en 1938. Volumen VII de los *Anales*.



de la libertad para volver a ser la Universidad española que enseñaba a respetar la autoridad como proveniente de Dios»⁽¹⁰⁾.

Ya no se confía en la educación como garantía de la paz social. Sí en la enseñanza moral y religiosa, y la autoridad y disciplina, que son los nuevos principios que sostienen el modelo universitario. Por eso la labor de la Universidad ya no tiene que ver tampoco con la extensión de la cultura. La democratización de ésta, el acceso a la misma por parte de todas las clases y fortunas se entiende cumplida con la selección de los intelectos más privilegiados, superdotados de las clases inferiores y su conversión en universitarios a través de la concesión de becas. Se parte de que el resto de personas de estas clases carece de intelecto selecto y no vive en un medioambiente formativo necesario para el acceso a la cultura como perfeccionamiento del espíritu. Incluso la lectura de libros debe evitarse porque, por un lado, su abuso trastorna la inteligencia y la voluntad y otorga terreno al libre examen, lo que lleva a la descomprensión, y, por otro, hay libros que hacen al obrero considerarse un superhéroe «capaz de querer tutearse con el burgués culto y hasta pisotearle y superarle», que fue lo que pasó, se dice, con la popularización de las bibliotecas de ateneos obreros⁽¹¹⁾. Los únicos intentos de popularizar la cultura por parte de la Universidad se entendieron como modos de abrir cauce a los sentimientos políticos⁽¹²⁾.

Si el contexto de la primera época de los *Anales* fue el del desarrollo del Liberalismo previo a la Primera Guerra Mundial, romántico, historicista, regionalista y nacionalista, la segunda época se enmarca en uno de los espacios a que dio lugar la reacción frente a aquél tras aquélla. Termina la confianza en el Estado de Derecho, el desarrollo industrial, la paz entre los individuos integrados en clases sociales y la garantía de la comunidad internacional. Y sucede un duro rechazo al parlamentarismo, la democracia y al capitalismo. Es el tiempo, entonces, de los nacionalsocialismos que sustituyeron el Estado Liberal de Derecho por el Estado corporativo totalitario⁽¹³⁾.

Las secciones de la nueva revista reflejan bien el contenido e intenciones de la misma. En los primeros *Anales*, las secciones más importantes, ya lo hemos dicho, coincidían con las tres vertientes renovadoras pedagógica, investigadora y social: Enseñanza de la Cátedra, Escuela de Práctica Jurídica, Extensión Universitaria y Colonias Escolares. En la nueva época, básicamente existen dos secciones. La principal, y en ocasiones única, recoge los discursos del rector. Con ellos se abren todos los volúmenes. La segunda sección en importancia es la que recoge trabajos de distintos profesores y otras autoridades, que, en su mayoría, proceden de confe-

(10) Son palabras pronunciadas en la apertura del curso de 1942/1943. Volumen XI de los *Anales*.

(11) Son palabras del bibliotecario Aguilera Mir en la fiesta del libro de 1940. Volumen IX de los *Anales*. En otra ocasión, el rector comparaba los cursos de verano con la Extensión Universitaria, pero con la gran diferencia de que «no vamos al pueblo a adularle para que se engría, para que se superintelectualice y después pretenda superarnos, nos desprecie y nos riegue con gasolina para destruirnos». Discurso de apertura del curso universitario de verano en el Instituto de Lluarca el 1 de agosto de 1937. Volumen VI de los *Anales*.

(12) Así se dice en el III Curso de conferencias de la Vicesecretaría de Educación Popular, celebrado en 1942. Volumen XI de los *Anales*.

(13) Vid. 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.



LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

rencias y cursos impartidos durante el año universitario. La pretensión era dividirlos por materias o áreas de conocimiento, que coincidiesen con las impartidas en las tres Facultades existentes: Ciencias Jurídicas y Económicas, Ciencias Físicas, Químicas y Naturales y Ciencias Filosóficas e Históricas, pero esta división sólo se mantuvo en el primer volumen (VI). La sección pasó a denominarse, sin más, Temas del curso de conferencias.

Desde el volumen VIII se recogen, además, en otra sección, las memorias de la biblioteca universitaria, que se presentaban anualmente con ocasión de la fiesta del libro. Desde el IX aparecen las propias de las colonias escolares. Y a partir del XII, tras los discursos y temas, se redacta siempre una crónica universitaria, que es el resumen de los principales acontecimientos sucedidos durante el curso académico, por meses en el volumen XIV. En éste último también aparecen los actos del Instituto de Estudios Asturianos. Esporádicas fueron otras secciones como las de homenajes, memorias de viaje de estudios y fiesta de Santo Tomás.

Como hemos dicho, los discursos del rector son el contenido principal de los *Anales*. Son discursos de apertura y clausura o con ocasión de variados cursos y ciclos de conferencias universitarios y de otras instituciones, y de distintas celebraciones, universitarias o no. De este modo, a través de su lectura podemos recorrer buena parte del curso universitario y hacernos una idea de la actividad académica y cultural llevada a cabo por la Universidad. Pero, sobre todo, sirven para analizar la figura del rector universitario durante el franquismo.

El curso se abría en octubre, mes en el que se celebraba la fiesta de la Raza; en noviembre Santa Catalina, con el juramento en el Paraninfo de los nuevos alumnos, obligatorio desde la Ley de Ordenación Universitaria de 1943⁽¹⁴⁾; en enero San Raimundo de Peñafort en Derecho; en febrero la fiesta del estudiante caído; en marzo Santo Tomás de Aquino; en abril la fiesta del libro. Aparte de las clases del curso ordinario, se celebraban varios ciclos de conferencias, de invierno, primavera y verano, que detallaremos en el último apartado de este trabajo. Además, se celebraban otras fiestas, aniversarios⁽¹⁵⁾, veladas eucarísticas y literarias, homenajes⁽¹⁶⁾ y visitas⁽¹⁷⁾.

(14) Vid. PESET REIG, Mariano. «La Ley de Ordenación Universitaria de 1943», en *La Universidad española bajo el régimen de Franco*. Actas del Congreso celebrado en Zaragoza entre el 8 y 11 de noviembre de 1989. Coord. JUAN JOSÉ CARRERAS ARES y MIGUEL ÁNGEL RUIZ CARNICER, 1991, pp. 125-158.

(15) Así, la fiesta universitaria de la confraternidad hispano-marroquí en 1938 y el tercer aniversario de la liberación de Oviedo en 1939, cuando se fijó en el aula magna la siguiente inscripción: «Universidad de Oviedo, cuna de estudiantes y soldados». Volúmenes VII y XVII de los *Anales*.

(16) A Italia y Alemana; José Calvo Sotelo por el Colegio de Abogados y la Diputación en 1938; los estudiantes asturianos y gallegos en el segundo aniversario de la gesta de 19 de julio de 1936; Palacio Valdés en 1940 en el teatro de Avilés que lleva su nombre; el músico Manolín del Fresno fallecido en defensa de Oviedo; Jovellanos en el teatro Robledo de Gijón, con ocasión del traslado de sus restos a un lugar religioso; el papa en su aniversario en 1941; San Isidoro por el treceavo centenario del sepelio en la Colegiata por la Diputación de León; Bances Candamo en Avilés, cuando se crearon dos becas con su nombre para el estudio del bachillerato y de cultura y caridad; Rubén Darío en el Instituto Jovellanos de Gijón; Teodoro Cuesta en Mieres; Rafael Quirós en 1942; y Fermín Canella en 1949 con una misa por el centenario de su nacimiento y la presentación de respeto a su viuda e hijos.

(17) Así, en 1938, el embajador de Portugal y la esposa de Franco. Volumen VI de los *Anales*.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

El último número de los *Anales* (XVI) se publicó en 1950 para recoger la actividad del curso 1948/1949. A partir del tercer volumen correspondiente al curso 1938/1939, el rector se quejaba reiteradamente de que muchos profesores no enviaban sus lecciones, en general pronunciadas oralmente y que debían recogerse por escrito en la publicación⁽¹⁸⁾. Recuérdese que los primeros *Anales* no incluían trabajos de investigación de profesores, como sí hacían otras publicaciones semejantes americanas y europeas, porque su fin principal era la renovación pedagógica. En el nuevo contexto universitario y social, los *Anales* franquistas sí que pretendían recoger la función investigadora de la Universidad. Pero para ello nacieron otras publicaciones, de modo que los *Anales* quedaron como mero instrumento de propaganda. La reducción de su contenido se hace evidente a partir del volumen XI publicado en 1944 para reflejar actividades del curso de 1942/1943.

En 1940 apareció una nueva publicación llamada *Revista de la Universidad de Oviedo*, que recogía precisamente trabajos de investigación de los profesores universitarios y, además, bibliografía y crónica de la vida universitaria⁽¹⁹⁾. Se publicaron doce volúmenes, hasta 1943 y otros diez de 1944 a 1951, para luego escindirse en tantas Revistas como Facultades: Derecho, que publicó dieciocho volúmenes de 1953 a 1960; Filosofía y Letras, con once volúmenes de 1944 a 1949 y dos más en 1950; y Ciencias, con cinco volúmenes de 1944 a 1949, y retomada más adelante, con veintiséis volúmenes de 1960 a 1981⁽²⁰⁾. Por su parte, los cursos de verano contaron también con una publicación especial⁽²¹⁾.

II. LOS «ANALES» COMO MEDIO DE PROPAGANDA FRANQUISTA. LOS DISCURSOS DEL RECTOR SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN

Como acabamos de decir, los *Anales* son testimonio histórico de los sucesos ocurridos a partir de la victoria franquista del 18 de julio de 1936, fecha con la que arranca el primer discurso del rector, a modo de prólogo del primer volumen, como momento clave por la liberación de Oviedo del «yugo marxista».

El resumen de los sucesos lo hizo el propio Álvarez-Gendín en el primer volumen de los *Anales*: España era una república de trabajadores sin trabajo, bajo la Constitución de 1931, parlamentaria, socialista, antinacionalista, laica y democrática. Las consecuencias para la comunidad fueron la deshispanización, por la autonomía política concedida a las regiones que dio lugar a un «mosaico de Estados» y un «gobierno de taifas» y la descatalización, a consecuencia de la cual la Iglesia quedó sin auxilio económico, se disolvieron los órdenes, se secularizaron los conventos y se aceptó el divorcio. Frente a esta realidad, se alzaría la nación y el pueblo para la renovación española, con la unión de

(18) Vid. volúmenes VIII y IX de los *Anales*.

(19) La *Revista*, como complemento de los *Anales*, ya se prevé en el volumen VII correspondiente a 1938. Dos años más tarde se decide incorporar a la misma las crónicas trimestrales de la actividad de la Universidad.

(20) Todas las revistas y volúmenes pueden consultarse en el Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo (<http://digibuo.uniovi.es>).

(21) Así se dice en el volumen XI de los *Anales*.





LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

fuerzas de derecha y su contrarrevolución desde el poder constituido con el fin de influir en la sociedad y volver a introducir los principios del nacionalismo y el catolicismo.

La finalidad de la compilación y publicación en los *Anales* de los cursos, conferencias y demás actividades académicas y culturales llevadas a cabo por la Universidad de Oviedo a partir de este momento fue dejar constancia y contribuir de manera activa a la formación de la conciencia nacionalista, de un Estado totalitario, de una «España libre, grande y única», «cristiana y culta», capaz de luchar «contra la masonería, marxismo y judaísmo»⁽²²⁾.

Para lo que ahora nos interesa, a través de los discursos del rector y otras conferencias de distintos profesores y autoridades recogidos en los *Anales* podemos analizar algunas de los conceptos básicos que sustentaron el régimen franquista. Hemos elegido los siguientes: Nación o patria, imperialismo, Estado corporativo, Estado totalitario, Poder y Derecho.

Para el Liberalismo romántico reflejado en la primera etapa de los *Anales*, la nación ya no es un cuerpo político abstracto sino un sentimiento romántico de identidad cultural, especialmente religiosa, lingüística, histórica, tradicional e incluso étnica. En el caso de España, la comunidad se ampliaba, de este modo, a Hispanoamérica, tan presente en el *Grupo de Oviedo* y en la propia aparición de sus *Anales*, con ocasión del IV Centenario del Descubrimiento. En la nueva época franquista, se repite hasta la saciedad un nuevo concepto de patria o pueblo, mejor que nación, identificado con la comunidad suprema capaz de asegurar los valores eternos del individuo como ser espiritual, valores que eran tradicionales, religiosos y morales⁽²³⁾. Entre otras muchas definiciones, es una «unidad vital y orgánica como realización de un espíritu que conecta generaciones pasadas, presentes y futuras»⁽²⁴⁾.

Consustanciales a la nación son la religión y la unidad, definatorias de la hispanidad. La unión vendría dada por la lengua, la cultura, la sangre (mezcla española e indígena) ya que no hay raza⁽²⁵⁾ y el culto a Dios, y nacería de la unión de distintas naciones en un mismo destino de cultura católica y universal⁽²⁶⁾. De este modo, se amplía el concepto

(22) Discurso de apertura del curso universitario de verano en el Instituto de Luarca el 1 de agosto de 1937. Volumen VI de los *Anales*.

(23) Entre otras muchas definiciones y reflexiones, *vid.* la de Valentín Silva Melero en «Algunos conceptos fundamentales derivados del pensamiento de José Antonio». Volumen VIII de los *Anales*.

(24) Valentín Silva Melero, en «En torno a la función del juez en el Estado moderno», conferencia impartida en 1942 y recogida en el volumen XI de los *Anales*.

(25) En las conferencias sobre los «Estados modernos totalitarios» impartidas en los cursos celebrados en Luarca en 1937, ÁLVAREZ-GENDÍN, en el ámbito de la explicación del Estado nacional socialista alemán, advierte la incompatibilidad entre el racismo «extremo» y el catolicismo. Más adelante, se referirá a la integración de los españoles, incluidas las consideradas razas (judíos, moros, indios), a través de la religión, que sería consustancial a los mismos. No obstante, en otras ocasiones, el racismo se deja ver en las páginas de los *Anales*. Así, cuando JUAN FRANCISCO YELA UTRILLA afirma que «la sed de oro» es inherente a los judíos, y cuando BENITO ÁLVAREZ-BUYLLA LOZANA (Silvio Itálico) describe la música de las bandas norteamericanas de jazz y considera que «excita al hombre salvaje –quizás al hombre negro– que todos los europeos llevan dentro». Volúmenes VI y X de los *Anales*.

(26) *Vid.* por ejemplo, la fiesta de la Raza celebrada en Gijón, en 1946, con una delegación del Centro Asturiano de La Habana. Volumen XII de los *Anales*.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

para abarcar lo universal. La nación española –desde una posición geográfica «dada por Dios clave para la humanidad»– aporta el catolicismo al mundo, que debe formar un todo⁽²⁷⁾. La idea de comunidad internacional deja a un lado la cooperación de los Estados para la paz y la defensa de los derechos. Se rechaza abiertamente la Sociedad de Naciones, fruto del Liberalismo y el Capitalismo, y la Organización de Naciones Unidas, en tanto no reconociese «el origen divino del poder y el fundamento esencial de la justicia»⁽²⁸⁾. Lo importante es ahora la civilización unida por la religión y la cultura. El hombre se identifica con el individuo occidental, español y cristiano. España, que «es una unidad de destino en lo universal», tiene como origen y destino la «dignidad del hombre»⁽²⁹⁾, «la justicia y extensión de la cultura cristiana»⁽³⁰⁾. Del internacionalismo se pasa, así, al imperialismo, al espíritu imperial avalado por la historia atribuida a la nación española, que se reelabora una y otra vez.

El nuevo concepto de nación que se entiende eterno, por encima del tiempo –España es «lo que fue, lo que es y lo que tiene que ser»– e incluso del espacio –España es para la civilización cristiana– se construye, entre otros modos, a través de la historia. La idea es conciliar «los valores eternos con la movilidad del devenir histórico»⁽³¹⁾.

En la historia se busca lo que se entiende que debe constituir la patria, el ser colectivo concretado en una unidad geográfica y temporal⁽³²⁾. Por tanto, debe encontrarse lo que permanece, lo tradicional, lo que es contrario y persiste a la revolución. La construcción histórica comienza en la Hispania Visigoda y continúa con los hitos que supondrían la confirmación, consolidación, extensión y lucha por la unidad y la religión: la Reconquista, la formación de la Monarquía Católica Universal, la conquista de América, la Contrarreforma, la Guerra de la Independencia y la Guerra Civil.

Prácticamente la totalidad de discursos, cursos y conferencias recogidos en los *Anales* que, recuérdese, tienen un fin propagandístico, tratan de la nación y acuden a la historia, utilizada para su construcción. Se exaltan, como acabamos de decir, los acontecimientos y los hombres considerandos fundamentales para la defensa de la religión y se rechazan los contrarios. Así, con el antecedente del Renacimiento, origen del racionalismo que traería la crisis de la civilización europea, la decadencia llegaría a España en los siglos XVIII y XIX, de la mano de ilustrados y liberales, tachados de extranjeros, masones,

(27) MANUEL FERNÁNDEZ TORRES, en su conferencia de 1942. «Conocimiento de España y su esencia». El origen de ese universalismo lo ve claro desde la prehistoria, a través del arte de Altamira. Volumen XI de los *Anales*.

(28) Vid. la conferencia de JUAN FRANCISCO YELA UTRILLA, sobre «Las concepciones político-sociales contemporáneas. La concepción liberal de la vida», recogida en el volumen VI de los *Anales*, y los discursos del rector en un acto organizado por la Federación de Paz Romana en mayo de 1946 y en la apertura del curso de verano de 1945, en los volúmenes XII y XIII.

(29) Discurso pronunciado por el rector el día de Santo Tomás en 1947. Volumen XIV de los *Anales*.

(30) Conferencia del rector en el Instituto Masculino de Oviedo, en el marco de un cursillo sobre Doctrina del Movimiento organizado por el Sindicato Español de Magisterio en 1941 Volumen X de los *Anales*.

(31) FRANCISCO FERNÁNDEZ JARDÓN, en «Doctrinas jurídico-políticas de la España Imperial». Volumen VI de los *Anales*.

(32) Vid. JUAN FRANCISCO YELA UTRILLA, en «Una nueva concepción de historia de España como historia patria», en 1938. Volumen VII de los *Anales*.





LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

laicos, regalistas, reformistas, demagogos, cuando no de conspiradores y traidores y, por todo ello, antiespañoles⁽³³⁾.

En las páginas de los *Anales* se reitera la condena de asturianos como Campomanes, Toreno, Argüelles, Martínez Marina, San Miguel, Riego y Canga Argüelles. Es interesante el intento por encontrar una explicación a la destacada Ilustración ocurrida en Asturias –Álvarez-Gendín habla de «espíritu no católico»– y se apunta acertadamente a las relaciones con Londres y otras destacadas ciudades europeas como Ginebra y Berlín, a la educación de los jóvenes en el extranjero y por sacerdotes emigrados que les enseñaban inglés y francés, y a las bibliotecas nutridas con obras extranjeras⁽³⁴⁾.

Por el contrario, se destaca la ideología de hombres también ilustrados pero moderados, como Inguanzo y Cañedo. Se salva a Feijoo, por su labor para la superación de las supersticiones, e incluso a Flórez Estrada, por su valiosa contribución a la ciencia económica, a pesar de sus «errores» políticos, propios de su liberalismo exaltado⁽³⁵⁾. Pero, sobre todo, a Jovellanos, de quien se destaca su catolicismo –como si faltase en los otros–, de modo que se llega a disculpar hasta su política desamortizadora, y su patriotismo, demostrado por su pública oposición a la Constitución revolucionaria de Cádiz y a la soberanía nacional⁽³⁶⁾.

La Guerra de la Independencia se compara con la Guerra Civil, y la Ilustración y su deriva liberal con la Generación del 98 y la República, con la consiguiente crítica a socialistas, republicanos y krausistas, tachados, de nuevo, de masones, demagogos, «sabios santones de la secularización», «marionetas de la Institución Libre de Enseñanza» y, de nuevo, antiespañoles, por no patriotas ni religiosos⁽³⁷⁾. La historia se repetiría en una continua lucha entre el bien y el mal. Del mismo modo que con los ilustrados moderados, ahora se destaca a los tradicionalistas, como Álvarez del Manzano, Estrada, Barrio y Mier, entre otros. Y se salva a hombres como Leopoldo Alas «Clarín», de manera significativa, Fermín Canella y Eduardo Serrano, a quienes se disculpa por sus ideas liberales, demócratas y republicanas, achacadas a la juventud.

La historia no sólo se utiliza para elaborar el concepto de nación y encontrar su esencia sino también, en íntima relación, de su Derecho, identificado asimismo con lo permanente, de modo que se encuentra en el pasado, que encerraría principios jurídicos eternos: «Cuando una institución jurídica cuenta con tantos siglos de existencia, nada

(33) Vid. el curso de apertura 1938 bajo la advocación de MENÉNDEZ PELAYO. Volumen VII de los *Anales*.

(34) Me he ocupado de la ilustración asturiana en FRIERA ÁLVAREZ, Marta. *La Junta General del Principado de Asturias a fines del Antiguo Régimen (1750-1835)*. Oviedo: Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias, Junta General del Principado de Asturias, KRK ediciones, 2003, pp. 467-503.

(35) Vid. GUILLERMO ESTRADA, en sus «Notas a la historia de las ideas tradicionalistas en Asturias», cuando recuerda la destrucción de su lápida. También destaca la obra de FLÓREZ ISAAC GALCERÁN, decano de la Facultad de Derecho, en una conferencia impartida en 1939. Volúmenes VI y VIII de los *Anales*.

(36) Se le homenajea en 1940, cuando se decide la reedición de sus diarios según el texto de Somoza y su tratado teórico-práctico sobre enseñanza, como modelo de pedagogía cristiana. Cuatro años más tarde se celebró el II Centenario de su nacimiento. Volúmenes IX y XII de los *Anales*.

(37) Vid. ÁLVAREZ-GENDÍN, en varios discursos pronunciados en 1937 y 1938. Lo mismo, JUAN FRANCISCO YELA UTRILLA en «Concepciones político-sociales contemporáneas». Volúmenes VI y VII de los *Anales*.



por imperativo de la voluntad colectiva crece y vive al margen de la ley y aun en contra de la ley misma, es indudable que responde a una necesidad hondamente sentida en los pueblos que la practican que no puede desaparecer»⁽³⁸⁾.

La historia, así, se construye para defender la unidad consustancial a la nación, hasta el punto de utilizar anacrónicamente conceptos como los de Estado, centralismo, regionalismo, autonomía política y administrativa, entre otros. La jurisdicción de las corporaciones locales medievales, con sus fueros y ordenanzas, se identifica con la autonomía municipal, calificada incluso de democrática. Con esa autonomía habría acabado el Liberalismo desde la Constitución de Cádiz, «con su ciego individualismo»⁽³⁹⁾. La recuperaría el Estatuto Municipal de 1924 y, por supuesto, el régimen franquista, contra el separatismo acogido por la República.

Los municipios se consideran órganos esenciales de la comunidad, como agrupadores de las familias, corporaciones naturales y, por tanto, siempre existentes. Por eso se buscan en la historia y se encuentran. Por su parte, las provincias serían una creación liberal, pero estarían tan arraigadas en la sociedad que deberían permanecer como asociaciones permanentes de municipios⁽⁴⁰⁾. También se halla en el medievo el sistema representativo corporativo que sería tradicional de la nación española –manifestado en Cortes y Juntas–, corrompido por el parlamentarismo liberal y democrático⁽⁴¹⁾. Hasta los gremios se identifican con las corporaciones profesionales que sustituirían a las clases sociales en lucha⁽⁴²⁾.

Tras la separación por el Liberalismo entre el Estado y la sociedad, los regímenes totalitarios no se limitaron a reunirlos, al modo romántico y nacionalista, sino que el primero se impuso a la segunda hasta ahogarla. Además, la pretensión era eliminar a los grupos sociales excluidos del poder, los minoritarios y diferentes, por peligrosos para la unidad de la comunidad.

(38) NEMESIO MARTÍNEZ ANTUÑA, «El concejo a campo abierto o a son de campaña en Asturias», recogido en el volumen XI de los *Anales*.

(39) *Vid.* la nota anterior.

(40) SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN, catedrático de Derecho Administrativo, era especialista en la organización territorial del Estado. En el volumen VIII de los *Anales* se reproducen dos conferencias sobre «Reforma de la Administración Provincial» y «El movimiento regionalista en España» pronunciadas en 1939. Por su parte, una de las primeras publicaciones que tuvo en cuenta el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo fue el libro de Adolfo González-Posada: *Evolución legislativa del régimen local en España, 1812- 1909* (1910). He consultado la edición del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982. *Vid.* volumen XIII de los *Anales*. De Álvarez-Gendín, *vid. Las mancomunidades municipales*. Madrid: Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1922; *El problema en Asturias: regionalismo. Estudio general*. Oviedo: Talleres Tipográficos, 1932; *Reforma de la administración municipal*. Oviedo: La Cruz, 1943; *Estudios de administración local: comentarios a la ley de régimen local*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1946; *La nueva Ley de Régimen Local: innovaciones y aclaraciones a la Ley de Bases*. Madrid: Instituto de Administración Local, 1951; *Perspectivas actuales de la descentralización*. III Jornadas Administrativas de Galicia. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1971.

(41) SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN escribió en este tiempo sobre *Las Cortes Españolas*. Oviedo: Universidad de Oviedo y La Cruz, 1947. Y sobre *La Junta General del Principado de Asturias y su Diputación*. Oviedo: La Cruz, 1940.

(42) *Vid.* velada eucarística del Corpus Christi celebrado en 1938 y discurso de apertura del curso de la Escuela de Artes y Oficios de Avilés, en el volumen VII de los *Anales*.



LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

El totalitarismo, ya lo hemos dicho, es una reacción contra el parlamentarismo y la democracia, extendidos tras la Primera Guerra Mundial. Y se presentó como una alternativa a los mismos. Los Estados a que dieron lugar aquellos sistemas se consideraban sujetos a la versatilidad de la voluntad, capaces de romper con la historia y la tradición y sin unidad de destino. Destruían la sociedad, la comunidad porque sólo estaban interesados en el individuo y su racionalidad, empeñados en la comprensión del mundo externo, en el progreso científico y tecnológico. Los hombres sólo eran considerados como materia y número.

Frente a estos modelos, en los Estados totalitarios la sociedad se identifica con éstos, de modo que cada nación, patria o pueblo formaría un Estado. Y éste se identifica, a su vez, con el Gobierno. La voluntad general se sustituye por la idea de bien común. Y la autoridad es personal, no legal, de modo que el canciller o dictador se presenta como un enlace entre el Estado y la sociedad, capaz de garantizar la continuidad política y la adhesión de dicha sociedad al Estado.

Por su parte, el fascismo, nacionalsocialismo y el franquismo se impulsaron como reacciones contra el comunismo nacido también frente al parlamentarismo democrático y el capitalismo. Se entendía que si éstos se fijaban sólo en el individuo, aquél lo anulaba. Los nuevos Estados se alzan sobre los individuos divididos en clases sociales con el fin de superar su lucha y lograr la paz. Se configuran como Estados corporativos u orgánicos, que agrupan e integran a los individuos y clases sociales en corporaciones, que se entienden como organizaciones sociales naturales anteriores al Estado, que se presenta como su superior, aunque no las crease sino que sólo las reconociese e integrase. Son corporaciones profesionales (de productores, trabajadores, artesanos, profesiones liberales, etc.), territoriales (parroquiales, municipales y regionales) y de otro tipo.

Esta comunidad socio-política, digamos, es reflejo de un orden divino, natural y, por ello, indisponible. Las corporaciones que la componen se definen como instituciones naturales y cristianas y como órganos de Derecho público. Como ya hemos dicho, la corporación básica es la familia, unidad orgánica del hombre, sociedad natural a la que se superponen otras políticas, más amplias, que integran a dichas familias, como la parroquia, el municipio, la provincia, la región y, al fin, el Estado. Éste se identifica, así, con un pueblo corporativo y jerarquizado.

Deteniéndonos un poco en la familia, el Estado se presenta como cooperador de los padres en el cumplimiento de las funciones y obligaciones naturales de la patria potestad, entre las que destaca la educación. La educación liberal desconocía el dogma del pecado original y la inclinación al mal y, por tanto, ni corregía vicios ni evitaba defectos, ni enderezaba la voluntad. Por su parte, la alternativa comunista, partía de la educación como derecho más que deber del Estado, que anulaba a las familias. Por el contrario, el Estado cristiano reconocía a la familia y los derechos de su jefe, el padre⁽⁴³⁾, que se entienden como inalienables y supremos a las leyes positivas. Dicho Estado ejerce una función cooperadora respecto de los hijos, que entran en la sociedad

(43) La madre es una colaboradora porque «naturalmente abunda más en el hombre la ponderación». Volumen IX de los *Anales*.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

civil a través de la comunidad doméstica y el fin de esa cooperación es la formación de futuros ciudadanos cristianos y patrióticos. La misma función cumple la Iglesia, que auxilia y corrige a las familias y al propio Estado, en este caso, a través de sus maestros-funcionarios.

Los mismos principios servirán para sustentar el programa social del Estado nacional, entendido nunca como reconocimiento de los derechos de los individuos, sino como auxilio y como justicia distributiva, a través de los cuales se afrontan los problemas económicos de la patria⁽⁴⁴⁾.

En fin, el único poder creador es el de Dios, fundamento del Estado y el Derecho. Y el fin último del Estado, que es la comunidad organizada políticamente, es la salvación de las almas, de modo que debe prescribir todo lo que conduce a la felicidad virtuosa y eterna y prohibir lo contrario. En esta tarea, la Iglesia tiene una potestad espiritual suprema y temporal superior. El Derecho natural y divino es superior al Derecho positivo, identificado con la Ley estatal. Este último regula las relaciones humanas a través de normas políticas, económicas y sociales conforme a los principios eternos de la moral cristiana y la justicia. De este modo, el Derecho positivo sólo alcanza la justicia si concuerda con el Derecho natural y, en caso de contradicción, la obediencia se debe a este último.

Así pues, la legitimidad del Derecho no deriva de la autoridad de poder sino de su acomodo al Derecho natural. Contra el Estado legal liberal y de Derecho democrático, contra el positivismo, el formalismo y jerarquía kelsenianos, se vuelve a la idea de justicia como una de las virtudes –y no la principal– para lograr la salvación de las almas. El Derecho no se identifica con la ley ni tampoco con los derechos individuales, con lo que queda el campo abierto a la arbitrariedad y la inseguridad jurídicas. El Estado totalitario no está sujeto ni a la ley ni a los derechos; no tiene poderes divididos sino pluralidad de órganos; ni siquiera el mismo dictador tiene poder para crear Derecho porque el Derecho sólo se descubre. El parámetro de legitimidad es siempre externo y se encuentra en «una superlex constitucional que declara los principios generales»⁽⁴⁵⁾.

Bajo este concepto de Derecho como orden objetivo indisponible e imposición, no queda espacio a los derechos y libertades de los individuos, diluidos en corporaciones, en la comunidad y en el propio Estado. El Derecho natural, que parte de la «absoluta validez de principios objetivos y trascendentes de justicia» es «irreconciliable con la doctrina moderna de los derechos naturales del individuo»⁽⁴⁶⁾. Por su parte, la desigualdad se entiende como natural y justa. Los derechos y la igualdad serían creaciones de la burguesía, el capitalismo y la democracia liberal, acogidos por el comunismo que, aunque hubiese sido una reacción contra aquéllos, partía de la misma materialización

(44) En los *Anales* se cita el trabajo, el paro obrero, los seguros, los subsidios por enfermedad, vejez, paro, accidente, maternidad, etcétera, el salario de domingos y festivos, el familiar, la vivienda, los beneficios por nupcias y las cajas de compensación.

(45) VALENTÍN SILVA MELERO, en «En torno a la función del juez en el Estado moderno», conferencia pronunciada en 1942 y recogida en el volumen XI de los *Anales*.

(46) Son palabras de FRANCISCO FERNÁNDEZ JARDÓN. *Vid.* volumen VI de los *Anales*.





LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

del hombre y su reducción a igualdad matemática. De este modo, se entiende que «los derechos universales llevan a la destrucción de la civilización»⁽⁴⁷⁾.

Entre las desigualdades, la de sexos destaca en varios de los discursos y conferencias recogidas en los *Anales*. Frente al «espejismo de la equiparación de los derechos de la mujer con los del hombre»⁽⁴⁸⁾, cada sexo se distingue, entre otras cosas, por su función natural, su trabajo y educación, para lo que ahora nos interesa. La mujer debe encaminarse a la vida doméstica de hija, esposa y madre, con el mismo carácter religioso y patriótico que caracteriza la civil y política de los hombres. Sometida a la potestad paternal o marital, la mujer se califica de santa en vez de esclava. No se trata, claro, de amparar jurídicamente la diferencia, pero ni siquiera de igualar la mujer al hombre. En este sentido, de forma constante, se critica y ridiculiza a las mujeres «masculinizadas», clasificadas en «sabiondas», que matan «su femineidad con el talento de un macho y la naturaleza de una hembra resentida de la vida y solterona», y en «marisabidillas», «mal pasajero de la juventud»⁽⁴⁹⁾, cuando no se va más allá y se achaca la crueldad de las asesinas a esa masculinidad⁽⁵⁰⁾.

El papel de la mujer en la Universidad se valora del siguiente modo. Parece adecuado que las mujeres cursen estudios universitarios considerados femeninos, que son aquellos relacionados con el magisterio, la puericultura, las letras y la oficina. Las más brillantes en el bachillerato femenino, que hubiesen demostrado «mayor capacidad», podrían acceder a los estudios superiores «propios de hombres», aunque con «cuenta gotas» porque «la mujer apta para los estudios de cosas sensibles y concretas, no lo es para filosóficos y abstractos»⁽⁵¹⁾. La ridiculización continúa cuando se pretende reflejar una vida contrapuesta entre los hombres que luchan por el bien de la comunidad y las mujeres que bailan para diversión propia, con motivo de los bailes y «chocolatadas jurídicas y científicas» organizadas para recaudar fondos para la División Azul.

En fin, los *Anales* cumplen bien su función propagandística, de difusión de la doctrina nacional-católica y de, por lo menos, apariencia de su aceptación social. Los discursos del rector son generalmente adornados por ovaciones y se retrasmiten por radio (Radio Asturias y Radio Falange), aprovechando los medios de comunicación de masas⁽⁵²⁾. Se recuerdan acontecimientos y personajes históricos valiosos para la defensa de los principios que se tratan de difundir, que son pasado pero sirven para el presente y para el

(47) Son palabras de VALENTÍN SILVA MELERO, en una conferencia impartida en 1939 titulada «Algunos conceptos fundamentales derivados del pensamiento de José Antonio». Volumen VIII de los *Anales*.

(48) Conferencia del rector pronunciada el 11 de enero de 1938 y retrasmitada por Radio Asturias. Volumen VII de los *Anales*.

(49) Son palabras de Antonio Floriano pronunciadas con ocasión de la fiesta de Santa Catalina en 1944. Volumen XII de los *Anales*.

(50) En la conferencia citada en la nota previa, con motivo de la matanza de veintisiete presos en la cárcel roja de Sama de Langreo, el 18 de septiembre de 1936, y del asesinato de un sacerdote de Aller.

(51) Son palabras pronunciadas en la velada literaria con ocasión de Santa Catalina celebrada en 1942. Volumen XI de los *Anales*.

(52) Así, la conferencia de Álvarez-Gendín «A los obreros asturianos sobre familia», el 11 de enero de 1938, en Radio Asturias, y el discurso pronunciado el Día del Estudiante, en febrero de 1943, en Radio Falange. Volúmenes VII y XII de los *Anales*.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

futuro. Se deja constancia de la labor del rector en la extensión de la doctrina franquista a toda la sociedad, en todos los ámbitos educativos y afines en los que participa. Se festeja y conmemora a los héroes que luchan por la comunidad, a las víctimas directas e indirectas⁽⁵³⁾, se celebran veladas necrológicas⁽⁵⁴⁾, entre otras actividades. También se refleja parte de la labor depuradora realizada por la comisión presidida por el rector para los funcionarios y para la biblioteca⁽⁵⁵⁾.

III. LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO DE 1936 A 1949. CURSOS DE CONFERENCIAS, FACULTADES, COLEGIOS MAYORES, BIBLIOTECA Y COLONIAS ESCOLARES

La idea de publicar en los *Anales* la actividad universitaria vinculada a la difusión de los principios del régimen franquista partió del rector Álvarez-Gendín en un momento especialmente crítico para la Universidad de Oviedo, pues a la destrucción de 1934 y la guerra se añadió pronto la amenaza del cierre definitivo de la misma por parte de unas autoridades que veían cierto peligro de insurrección, tenidos en cuenta los antecedentes ilustrados, liberales, krausistas y comunistas, que habían llevado incluso a la extensión de un dicho que identificaba al asturiano con el mal cristiano. En 1939, una comisión representativa de Asturias se reunió con el Ministro de Educación Nacional en Vitoria. En la memoria elevada entonces se recuerda la historia de la Universidad, para destacar la ilustre trayectoria de la misma y su adhesión al régimen⁽⁵⁶⁾. Frente a miembros –profesores y estudiantes– que pudieron haber errado en su doctrina política, se destacan otros que no y, por tanto, ejemplares⁽⁵⁷⁾, incluidas las víctimas de la guerra asesinados por el bando contra el que se luchaba: los profesores Melquíades Álvarez, Jesús Arias de Velasco y Francisco Beceña, los exministros Alfredo Martínez y García-Argüelles, Manuel Rico Avello y Ramón Álvarez Valdés y los diputados Gonzalo de Merás y Navia-Osorio, Bernardo Aza, Mariano Merediz, Romualdo Alvargonzález y Eduardo de Piñán. En cualquier caso, por encima de los individuos estaba la institución, a salvo de cualquier peligro para la estabilidad del orden establecido, pues, al contrario, su función sería sostenerlo. Los méritos eran tales que la Universidad de Oviedo, situada en una provincia poblada, rica y próspera, debía convertirse en la «Universidad del Norte», un «centro de cultura único de toda la línea del Norte, desde Irún hasta Santiago», para integrar, así, Santander y Vizcaya.

(53) Así, se homenajea, entre otros, a Armando Palacio Valdés y al catedrático Manuel Miguel Traviesas. En 1941 se inauguró un monumento universitario dedicado a los catedráticos, alumnos y funcionarios. Volumen X de los *Anales*.

(54) Así, en Castropol, en junio de 1937, en memoria de José Calvo Sotelo.

(55) *Vid.* volúmenes VII y IX de los *Anales*.

(56) La memoria, que puede consultarse en el volumen VIII de los *Anales*, está firmada por el rector de la Universidad y los decanos de Derecho, Ciencias y Filosofía y Letras, la Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos, el jefe provincial del S.E.U., el jefe del distrito universitario del S.E.U., el presidente de la diputación, los alcaldes de Oviedo, Gijón y Salas, el presidente del cabildo, el presidente de la autoridad territorial y el jefe provincial de F.E.T. y J.O.N.S.

(57) Fernando Valdés, Feijoo, Pisador, Jovellanos, Inguanzo, Cañedo, Pérez Villamil, Mon, Pidal y Posada Herrera.





LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

El primer volumen de los *Anales* deja constancia, por un lado, de la rápida reanudación de la actividad académica con un serio compromiso con la formación de españoles, es decir, ciudadanos patriotas y católicos. Entre el 1 de agosto y el 5 de septiembre de 1937 se celebró en el Instituto de Lluarca –las autoridades universitarias se habían trasladado a Navia en mayo– un curso de verano, cuyo fin era «formar la conciencia nacionalista»⁽⁵⁸⁾. De vuelta en Oviedo, en noviembre, se pretendió una rápida reanudación de los estudios universitarios. Enseguida se celebraron cursos dedicados a la formación del magisterio, que tuvieron continuidad⁽⁵⁹⁾. Y en febrero de 1938 se abrió el curso universitario, bajo la advocación de Marcelino Menéndez y Pelayo, en la Diputación Provincial⁽⁶⁰⁾. En primavera se celebró un nuevo curso de conferencias, en el pabellón de Ciencias, impartidas por el propio rector y dedicadas a analizar «La reconstrucción de Oviedo»⁽⁶¹⁾. Además, se llevó a cabo un cursillo de Zootecnia en la Escuela Veterinaria de León y otros sobre puericultura y religión⁽⁶²⁾. En mayo de 1938 se solicitó a la embajada italiana un catedrático para impartir un curso de homenaje a la hermana fascista. Peretti, profesor de la Universidad de Catania, impartió unas conferencias sobre «los dos imperios de Roma», con el objeto de acercar la cultura italiana,

(58) La primera conferencia la impartió Luis Sela Sampil, bajo el título «Aplicaciones del Derecho internacional en la guerra civil». El resto, divididas, en secciones –ciencias filosóficas e históricas, químicas y naturales, jurídicas y económicas– se dedicaron a los siguientes temas: «Los Estados modernos totalitarios» por el rector Álvarez-Gendín; «Introducción al estudio de la Economía Política» por el decano de Derecho Isaac Galcerán; «Doctrinas jurídico-políticas de la España liberal» por Francisco Fernández Jardón; «Sobre meteorología regional, cultivo, navegación y flotas aéreas» por Demetrio Espurz; «Seis lecciones orales sobre la reconstrucción nacional por la tierra y su trabajo» por Enrique de Eguren y Bengoa; «La industria química en España» de Ramón Izaguirre Porset, director de la Sociedad Ibérica del Nitrógeno; «Asturias industrial en la guerra» por José Manuel Fernández-Ladreda y Menéndez-Valdés, teniente coronel de artillería y doctor en ciencias; «Las concepciones político-sociales contemporáneas. La concepción liberal de la vida. La concepción marxista de la vida. El bolchevismo y su esencia» por Juan Francisco Yela Utrilla; y «Notas para la historia de las ideas tradicionalistas en Asturias» por Guillermo Estrada. Volumen VI de los *Anales*.

(59) Curso de orientación profesional de magisterio en el Instituto de León, en agosto de 1937, y, en 1938, en el Teatro de los Campos Elíseos de Gijón. En 1939 se organizó por la Asociación Católica del Magisterio Asturiano y la Asociación Católica de Maestros Leonesa. Este último año también se celebraron unas conferencias por parte de la Junta Provincial de Primera Enseñanza. En parecido sentido, en 1940 se celebró una Semana Pedagógica en Pola de Laviana. En 1942 se celebró el III Seminario de Misiones Pedagógicas en el Instituto Pedagógico de San José de Calasanz del Centro Superior de Investigaciones Científicas. Volúmenes VI, VII, VIII, IX y XI de los *Anales*.

(60) El curso lo abrió José Ramón Lomba. Fue una Orden de la Junta Técnica de Estado de enero de 1937 la que estableció la celebración de estos cursos en la Universidades para enaltecer la figura de Menéndez Pelayo. Vid. INFANTE MIGUEL-MOTTA, Javier. «Tiempo de estudio...», *op. cit.* Las conferencias del curso fueron las siguientes: «Una nueva concepción de la historia de España como historia patria» y «Tres concepciones sobre el saber o la cultura. Sobre el saber histórico. Sobre la formación del ser colectivo. Sobre la formación del ser español», cuatro conferencias impartidas por Juan Francisco Yela Utrilla; «Sumaria consideración de tres aspectos de la obra de Menéndez y Pelayo: la crítica del presente, regeneración para el porvenir, reconstrucción del pasado» por Ignacio Aguilera; «Vitoria y Erasmo» por Beltrán de Heredia; «Las fundaciones hospitalarias en los caminos de la peregrinación en Oviedo»; y «La poesía lírica castellana romántica» por José Ramón Lomba de la Pedraja. Volumen VII de los *Anales*.

(61) Volumen VII de los *Anales*.

(62) En el Instituto de Oviedo y en la Escuela de Altos Estudios Mercantiles de Gijón, respectivamente, en 1938. Volumen VII de los *Anales*.



calificada de cuna de la civilización occidental⁽⁶³⁾. En enero de 1939, se celebró un nuevo curso, a cargo del profesor Tacchi, doctor por la Universidad de Padua, destinado a la formación de profesores de italiano, un idioma obligatorio en la enseñanza secundaria. En junio, también se homenajeó a Alemania, con la asistencia del cónsul en Gijón y la impartición de unos cursos de alemán por el doctor Reimer, para reflejar las huellas históricas de Alemania en ámbitos como la arquitectura, la imprenta, el romanticismo, la literatura y la mineralogía.

Pero, sobre todo, en 1939, se celebró un nuevo curso de conferencias sobre temas jurídicos, científicos y literarios acordes a los estudios universitarios de las tres Facultades⁽⁶⁴⁾. La estabilidad llegaría un año después. La docencia de las Facultades, organizada en cursos cuatrimestrales desde la Ley de 1943, se completaba con los cursos de invierno, primavera y verano.

Los *Anales* recogen, aparte de los celebrados en Luarca en 1937, nueve ediciones de los cursos de verano, desde 1940⁽⁶⁵⁾. La sexta, celebrada en 1945, la organizó la Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad⁽⁶⁶⁾.

El fin de estos cursos de verano era, como el propio de la Universidad, tanto académico, aunque de forma más lúdica, a través de excursiones, prácticas, conciertos y charlas literarias, como político, de manera que se cumpliera la labor patriótica de exaltación de la riqueza material⁽⁶⁷⁾ y de los valores espirituales expresados en la región, a través, fundamentalmente, del homenaje a hombres ejemplares⁽⁶⁸⁾. Se aprovecharon especialmente los aniversarios para el recuerdo y la conmemoración⁽⁶⁹⁾. Así, en 1942 se celebró el quinceavo centenario de la muerte de Alfonso el Casto, el sexto aniversario del nacimiento de San Juan de la Cruz y se recordó, además, a Pedro Menéndez de Avilés⁽⁷⁰⁾. Especial relevancia tuvo el segundo centenario de la muerte de Jovellanos celebrado

(63) Volumen VII de los *Anales*.

(64) Dedicadas a temas como los códigos y las organizaciones políticas y económicas modernas, la industria química y metalúrgica, los cálculos matemáticos y algebraicos, las doctrinas teológicas, la literatura moderna, los filósofos españoles y los documentos históricos medievales. Volumen VIII de los *Anales*.

(65) En 1948 los cursos se trasladan a Avilés con ocasión de una conferencia sobre «La marina española en la Edad Media» impartida por el director del Museo Naval. Volumen XV de los *Anales*.

(66) Volumen XIII de los *Anales*.

(67) Los cursos de 1941 se dedicaron al carbón. Volumen X de los *Anales*.

(68) En 1940 se puso como ejemplos a Campomanes y Martínez Marina, cuyas figuras comienzan a rehabilitarse, y también a Inguanzo, Bances Candamo, Teodoro Cuesta y Palacio Valdés. Volumen IX de los *Anales*. El propio Álvarez-Gendín se puso en una ocasión como ejemplo de virtud cuando recordó sus años como secretario del Ayuntamiento de Oviedo, cuando cada día acudía a su hora «como el más modesto auxiliar» para imponer, así, su autoridad a administrativos y técnicos que se retrasaban. Dice entonces que su autoridad moral era tal que ante una blasfemia de un concejal socialista todos se ruborizaron al oírle decir «bendito sea Dios». Vid. su discurso de clausura del cursillo obrero celebrado en 1946, recogido en el volumen XIII de los *Anales*.

(69) En 1940 se habló de celebrar el octavo aniversario de la publicación de El Cid y el cuarto de la muerte de Vives. Volumen IX de los *Anales*.

(70) Sobre Alfonso el Casto impartieron conferencias Manuel Torres, Juan Uría y Ramón Menéndez Pidal, y se expuso una pintura de Vidau que representaba el primer concilio de la reconquista celebrado en Oviedo. Sobre San Juan de la Cruz disertó Dámaso Alonso. La conferencia sobre Pedro Menéndez de Avilés corrió a cargo de Pérez Bustamante. En 1943 se aprovechó el centenario del nacimiento de Newton para acoger en los cursos



LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

en los quintos cursos de verano, en 1944⁽⁷¹⁾. Los sextos se dedicaron a Quevedo, en el tercer centenario de su fallecimiento, y los octavos a Cervantes, con ocasión del cuarto centenario de su nacimiento⁽⁷²⁾. En los novenos, celebrados en 1948, se conmemoró a Suárez, Balmes, Rojas, Zorrilla y Tirso de Molina⁽⁷³⁾.

A los cursos de verano asistían alumnos de la Universidad de Oviedo y de otras nacionales⁽⁷⁴⁾. Las conferencias las impartían profesores universitarios y otros profesionales y autoridades⁽⁷⁵⁾. Se trataban temas relacionados con los estudios universitarios –Derecho, Literatura y Ciencias– y otros sobre arte, lenguas extranjeras y música, a través de charlas y conciertos. También se realizaban excursiones⁽⁷⁶⁾.

Durante el curso escolar, aparte de las asignaturas de las cátedras, se organizaban otros dos cursos de conferencias: de invierno y primavera. Recuérdese que, tras el curso de verano de Luarca, en 1938 se celebraron dos cursos de invierno y primavera⁽⁷⁷⁾ y, a partir de 1939 siempre hubo tres cursos de conferencias durante cada año académico. Los *Anales* recogen todas las conferencias pronunciadas en la sección llamada Temas del Curso, presente en todos los volúmenes tras los discursos del rector. Las impartían los profesores de la casa y, en ocasiones, de otras Universidades. Casi siempre se recoge el texto completo, pero a veces son sólo extractos o el simple título⁽⁷⁸⁾. Dichas confe-

de verano unas palabras de Javier Rubio Vidal, presidente de la Agrupación Astronómica Asturiana. Volúmenes XI y XII de los *Anales*.

(71) Se impartieron nueve conferencias sobre literatura dramática, teatro, ortodoxia religiosa, tradicionalismo político, ideas jurídicas, diarios, labor económica, minera y amor a la agricultura por Entrambasaguas, Casariego, Valiente, Bonet, Patac, Palacios y Estrada. En el curso de conferencias de invierno de 1944 también se homenajeó a Jovellanos con otras conferencias sobre «Ideas pedagógicas de Jovellanos» por Álvarez-Gendín, «Ideas económicas» por Ignacio Patac; «Ortodoxia religiosa» y «Tradicionalismo político» por Jesús Evaristo Casariego. Volumen XII de los *Anales*.

(72) También se recordó al almirante Villamil. Sobre Quevedo se celebró un cursillo monográfico. En torno a Cervantes, se celebró un ciclo de conferencias entre las que se destacan: «Origen de la novela» por Dámaso Alonso y «Cervantes y López» por Entrambasaguas. Volúmenes XIII y XIV de los *Anales*.

(73) Volumen XV de los *Anales*.

(74) De once universidades se dice en los cursos de 1942. Volúmenes XI y XIV de los *Anales*.

(75) Así, profesores y escritores como Entrambasaguas, Alvarado, Lafuente, Dámaso Alonso, Vicente García de Diego y Luis Araujo-Costa. Entre otras autoridades y profesionales destacan Mariano Puigdelliers, director de Asuntos Eclesiásticos; García-Siñeriz, vicepresidente del C.S.I.C.; Batuecas, vicerrector de Santiago; García Blanco, decano de letras de Salamanca; Nobile, explorador del Polo Norte; los compositores Joaquín Turina y José Ignacio Prieto; los publicistas José Francés y Luis Araujo Costa; Jesús María de Rotache, director general del Instituto Español de Oceanografía. Volúmenes XII, XIII y XIV de los *Anales*.

(76) A Trubia, Mieres, La Felguera, San Claudio, Covadonga.

(77) *Vid. supra* notas 58, 60 y 61.

(78) Curso 1939: «Precursor ideológico del movimiento tradicional Primo de Rivera» y «Algunos conceptos fundamentales derivados del pensamiento de José Antonio» por Valentín Silva Melero; «Reforma de la Administración provincial» y «El movimiento regionalista en España» por Álvarez-Gendín; «Pensamientos económicos en el curso de la historia y en Nueva España» y «Flórez Estrada» por Isaac Galcerán; «Algunas ideas acerca del futuro arreglo entre la Santa Sede y el Estado español» por Armando Álvarez-Amandi; «Reflexiones y comentarios» por Enrique de Eguren y Bengoa; «El rito mozárabe» por Germán Prado, monje benedictino de Silos; Curso de primavera sobre «La prehistoria y hallazgos en la zona cántabro-asturiana». Curso 1940: «Las ideas cristianas y el Derecho Romano» por Benjamín Ortiz; «Antonio Agustín de Albanell, obispo de Lérida y arzobispo de Tarragona» por Juan Francisco Yela Utrilla; «Aspectos de la poesía española siglo XVII» por



rencias suelen ser más propagandísticas que científicas, con importantes excepciones, sobre todo a medida que nos acercamos a los últimos volúmenes⁽⁷⁹⁾. Para recoger los trabajos de investigación, recuérdese, se creó, la *Revista de la Universidad*. Por su parte, en el contexto de estos cursos aparece la única conferencia impartida por una mujer, Mercedes Barón de Arnáiz, en abril de 1948⁽⁸⁰⁾. Ese mismo año, en el Colegio Mayor Santa Catalina también impartió una primera y única conferencia una colegiada, Felicidad Flórez, sobre la propia Universidad⁽⁸¹⁾.

Aparte de estos cursos de conferencias, los *Anales* reflejan, en parte, la vida universitaria en las cuatro Facultades de la Universidad de Oviedo: Derecho, Ciencias y Letras y Veterinaria de León.

Derecho era la Facultad con más peso en cuanto a historia y alumnado. A través de la lectura de los *Anales*, puede recordarse la actividad de algunos de sus catedráticos y estudiantes, y acontecimientos como el regreso de Ramón Prieto Bances a la cátedra de Historia del Derecho, tras el traslado pactado de Ignacio de la Concha a Valencia⁽⁸²⁾.

Antonio González Cobo; «Viejas y nuevas ideas económicas» por Aurelio Ayuela, director de la fábrica de cañones de Trubia. Curso 1941: «Las cuatro dimensiones de la pintura española. Greco, Goya, Ribera, Velázquez» y «Cinco ensayos acerca del nacionalismo musical español. Española, rusa, balcánica, americana» por Benito Álvarez-Buylla Lozana (Silvio Itálico); «Aportación de teatro a la cultivación del espíritu» por Luis Araujo-Costa; «Algunas tendencias contemporáneas del Derecho Penal» por Valentín Silva Melero; «El Cid en Oviedo» por José Cuesta, vicario general del obispado y arcipreste de la catedral; «Liber testamentorum»; «Origen del conocimiento humano según Santo Tomás» por Francisco Escobar García; «En torno a Santo Tomás» por Ramón Pérez Blesa. Curso 1942: «En torno a la función del juez en el Estado Moderno» por Valentín Silva Melero; «Conocimiento de España y su esencia» por Manuel Fernández Torres, catedrático de Valladolid; «Religiosidad de Newton», conferencia organizada por la Directiva de Agrupaciones Astronómicas Asturianas en el III centenario de su nacimiento; «El concejo a campo abierto o a son de campana en Asturias» por Nemesio Martínez Antuña; «Galileo filósofo y escritor» por el profesor Meregalli en el centenario de su muerte de Galileo y por Antonio Espurz; «Santa Catalina de Alejandría y su tiempo» por Vicente Blanco. Curso 1943/1944: Celebración de una controversia entre alumnos dirigida por catedrático Valentín Silva «Sobre libre albedrío y responsabilidad criminal»; Celebración del II Centenario de Jovellanos con conferencias sobre «Ideas pedagógicas de Jovellanos» por Álvarez-Gendín, «Ideas económicas» por Ignacio Patac; «Ortodoxia religiosa» y «Tradicionalismo político» por Jesús Evaristo Casariego; conferencias sobre «Oviedo y Europa» por Ernesto Giménez Caballero; conferencias sobre arte, química, filosofía, sobre el conde de Toreno, Derecho Penal y Marruecos; «Retrato de mujeres» por Gerardo Diego. Curso 1945/1946: «Justicia y Derecho según Santo Tomás» por Álvarez-Gendín; «Justicia Social» por el abogado Ramón Prieto Noriega; «Personalidad y actualidad del pensamiento de Santo Tomás» por Salvador Lissarrague; «Problemas jurídicos del urbanismo» por José Gascón y Morán; celebración del centenario de Fernández Villamil. Curso 1947/1948: «Asturias en la segunda mitad del siglo XVIII» y «Florez Estrada. La familia de Flórez Estrada. Florez Estrada durante la segunda emigración», tres conferencias de Juan Uría Rúa; «El existencialismo» por Cesáreo Laredo; «Doctrinas políticas de Vitoria»; «El Quijote y sus anotadores» por Luis Araujo-Costa; «El imperio de la voz humana» por Mercedes Barón de Arnáiz. Curso 1949/1950: «Goethe y la música» por Federico Sopeña en su segundo centenario. Volúmenes VIII a XVI de los *Anales*.

(79) Así, entre otras, la de Antonio González Cobo sobre literatura española, impartida en los cursos de 1940, las tres conferencias impartidas por Juan Uría Rúa en 1947 tituladas «Asturias en la segunda mitad del siglo XVIII» y «Florez Estrada. La familia de Flórez Estrada. Florez Estrada durante la segunda emigración» y la dedicada ese mismo año a «El Quijote y sus anotadores» por Luis Araujo-Costa. Volúmenes IV y XIV de los *Anales*.

(80) Volumen IV de los *Anales*.

(81) Volumen XV de los *Anales*.

(82) Junto a los accesos a cátedras, noticias de fallecimientos y, sobre todo, impartición de cursos y conferencias por los distintos profesores, en los *Anales* aparecen alumnos como Vicente de la Vallina, que, en 1947, acudió a la beatificación de Contardo Ferrini con el catedrático de Derecho Romano Francisco Hernández



LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

La Facultad de Ciencias fue la que mayores dificultades atravesó dentro del contexto de crisis general provocado por la guerra. Aparecida en 1895 como Sección de Ciencias, tuvo una participación relevante en la Universidad, que se refleja en la primera época de los *Anales*. Sin edificio aún en 1941, era evidente la imposibilidad de lograr una Facultad al modo ideal de Alemania o Norteamérica⁽⁸³⁾. Por su parte, la Ley de Universidad de 1943 suprimió la sección de físico-química⁽⁸⁴⁾. También impartía cursos preparatorios para el ingreso en las Escuelas Especiales de Ingenieros y para las Facultades de Medicina y Farmacia. Y relacionados con estos estudios, cabe destacar los propios del Instituto del Carbón, el Instituto de Química Aplicada y la Academia Médica Quirúrgica.

Los cursos de Filosofía se habían instaurado a fines del siglo XIX como cursos preparatorios de Derecho. La nueva Facultad de Filosofía y Letras comienza en esta época su feliz andadura. La idea era crear, además, una sección de Historia, «para aportar luz sobre el nacer de España en una región cuna de la nacionalidad hispánica». En el curso 1941 se manifiesta que se había completado el ciclo de Filología Moderna, con los alumnos ya en cuarto de la carrera⁽⁸⁵⁾. En 1945 se proyectó acoger la nueva Facultad en el edificio de Santa Clara cedido por el Ministerio del Ejército al de Educación⁽⁸⁶⁾. Como en el caso de Derecho, en las páginas de los *Anales* se deja constancia de la labor realizada por sus prestigiosos catedráticos, como Juan Uría Rúa⁽⁸⁷⁾ y por los alumnos⁽⁸⁸⁾.

En 1946, las Facultades de Derecho y Letras celebraron sendos cursillos monográficos para la implantación de doctorados universitarios propios⁽⁸⁹⁾.

Por su parte, la Escuela de Veterinarios de León se elevó a Facultad en 1944, incorporada a la Universidad de Oviedo⁽⁹⁰⁾.

Además de los estudios en estas cuatro Facultades, los *Anales* recogen información sobre las enseñanzas libres de taquigrafía, religión, música⁽⁹¹⁾ y lenguas: alemán, italiano y griego, a las que se añadieron portugués y francés, a cargo de lectores de los

Tejero; Jerónimo González, que en 1949 ganó el premio del Colegio Notarial de Albacete con un trabajo sobre Derecho Civil Inmobiliario; Aurelio Menéndez y Menéndez, Miguel Ángel Flórez Coronado y Miguel Ángel García García, que recibieron ese mismo año los premios de Licenciatura. Volúmenes XIV y XVI de los *Anales*.

(83) Así se advertía en 1948. Volúmenes X y XV de los *Anales*.

(84) Se da noticia en el curso 1943/1944. Volumen XII de los *Anales*.

(85) Volumen X de los *Anales*.

(86) Volumen XIII de los *Anales*.

(87) Se da cuenta de su acceso a la cátedra y en 1945 se informa de la concesión del premio «Francisco Franco» por su obra sobre las peregrinaciones jacobeanas. Volumen XIII de los *Anales*.

(88) Así, José María Cachero aparece en una representación con ocasión de la fiesta del libro del curso 1945/1946. Volumen XIII de los *Anales*.

(89) Volumen XIII de los *Anales*.

(90) En la clausura del curso en julio de 1940 se muestra el deseo de que la Escuela pase a Facultad. Dos años después se inaugura un monumento a los estudiantes y en 1946 el nuevo edificio en León. Volúmenes IX, XI, XII y XIII de los *Anales*.

(91) En 1942 se destaca la consecución de tales estudios y la formación de un coro, a cargo de Ángel Muñoz. No obstante, en 1944 se advierte que los estudios no se han logrado normalizar y que pasarán al Colegio Mayor de San Gregorio. Volúmenes XI y XII de los *Anales*.



países de origen. También de la celebración de cursillos de filología para extranjeros⁽⁹²⁾, conciertos, excursiones científicas y artísticas, exposiciones de pinturas, etcétera. Y se reproduce memorias de viajes de estudios⁽⁹³⁾.

En esta nueva época se unen a las Facultades los Colegios Mayores. En Oviedo se proyectaron cuatro, en el llamado Campus de Los Catalanes. Su fin y misión era la formación íntegra de los estudiantes universitarios, como patriotas y católicos, de modo que recibiesen educación religiosa, política, cultural social, artística, mecánica, física y deportiva, para convertirse en el «ideal de caballero cristiano, fiel reflejo de la tradicional hidalguía española»⁽⁹⁴⁾. La colegiación y residencia eran obligatorias para todos los alumnos forasteros de primer año y la adscripción para todos los demás. Había algunas becas, como las de Aranda, Ladreda, dos medias del colegio de doctores de León y, la de la Diputación provincial⁽⁹⁵⁾.

Por supuesto, la formación era distinta para hombres y mujeres. En San Gregorio se organizaron las siguientes secciones: cultural, para la celebración de ciclos de conferencias⁽⁹⁶⁾; religiosa, destinada al rezo, los ejercicios espirituales y las excursiones; artística, con un coro; y deportiva, con actividades de fútbol, baloncesto, rugby y atletismo⁽⁹⁷⁾. También se impartían clases de idiomas: francés, italiano e inglés, y de matemáticas. En Santa Catalina, las colegialas se ocupaban de dar clases a obreras, visitaban a los pobres, realizaban ejercicios espirituales, rezaban el rosario, asistían a clases de hogar, sanidad, rayos X y vacunas y practicaban deportes de nieve y montaña con permiso de sus padres. Durante el verano, el Colegio recibía internas de otras Universidades como Madrid, Zaragoza, Valencia y Murcia e incluso del Girton College de Cambridge⁽⁹⁸⁾.

En la apertura del curso académico en 1940, se detalla el proyecto de estos dos colegios masculino y femenino –San Gregorio y Santa Catalina– y del campo de deportes anejo a los mismos, cuyas obras, sin embargo, no comenzaron hasta 1948. Se preveía

(92) En 1948. Volumen XV de los *Anales*.

(93) En 1943 los alumnos de quinto curso de la Facultad de Ciencias viajan, con el catedrático Lucas Pire, a Madrid, San Sebastián, Bilbao y Santander, para visitar varias fábricas: Papelera Española, la Escuela Superior de Ingenieros Industriales, los Altos Hornos de Vizcaya, la fábrica de productos farmacéuticos FAES, Galletas Artiach, Algorta y Bermeo en Bilbao, Fábrica de Loza, Ibero Tanagra y El Sardinero. En Madrid: la Ciudad Universitaria, la Universidad Central, el Instituto Nacional de Física y Química, El Prado, La Fábrica Nacional La Marañosa, Cervezas El Aguila, El Escorial y Toledo. En 1944 los alumnos de Ciencias, entre ellos cuatro mujeres, repiten viaje a Bilbao, Zaragoza, Barcelona, Santander y Madrid. *Vid. Memoria del viaje de estudios de los alumnos de quinto curso de esta Facultad desde el 21 de mayo al 5 de junio de 1944. Universidad de Oviedo, Facultad de Ciencias, curso de 1943-44*. Oviedo: La Cruz, 1945. Por su parte, los alumnos de Filosofía y Letras viajaron a Segovia, Toledo, Madrid, El Escorial, Ávila, Salamanca y Valladolid. Y los de Derecho a Marruecos con el rector y el decano Sela. En el curso 1945/1946 los alumnos de Literatura celebraron su viaje de estudios en Galicia y León, acompañados por el decano Uría Rúa. Volúmenes XII y XIII de los *Anales*.

(94) Así lo afirma el Ministro de Educación Ibáñez Martín en la clausura de los cursos de verano de 1943. Las destacadas son palabras pronunciadas por el rector Álvarez-Gendín en 1948. Volúmenes XII y XIV de los *Anales*.

(95) Volumen XII de los *Anales*.

(96) Así, la del alumno Aurelio Menéndez Menéndez sobre la «Vida de Ortega y Gasset», recogida en la memoria del curso 1946/1947, en el volumen XIII de los *Anales*.

(97) *Vid.* también la memoria del curso 1946/1947 en el volumen XIII de los *Anales*.

(98) *Vid.* el curso 1948/1949 en el volumen XV de los *Anales*.



LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

su pronta inauguración, junto con la nueva biblioteca llamada Toreno, el fin de las obras de la capilla universitaria y el comienzo de los pabellones de Letras y Ciencias⁽⁹⁹⁾. En noviembre de 1943 comenzaron a funcionar los dos Colegios⁽¹⁰⁰⁾. La dirección del San Gregorio recayó en el catedrático de Derecho Político Torcuato Fernández-Miranda Hevia y el rector era Francisco Fernández Jardón. Como directora de Santa Catalina se nombró a María del Carmen Vázquez.

En 1945 se abrió un tercer Colegio Mayor masculino llamado Arzobispo Valdés Salas, que inauguró tres años más tarde el ministro José Ibáñez Martín. También se proyectó entonces la creación de una nueva residencia para profesores y funcionarios⁽¹⁰¹⁾. Y, en 1947, otro Colegio Mayor llamado San Isidro para la Facultad de Veterinaria⁽¹⁰²⁾.

En las páginas de los *Anales* aparecen otras instituciones de educación y cultura relacionadas con la Universidad o sobre las que el rector ejercía su autoridad. Así, entre 1938 y 1940 se reanudaron o comenzaron los estudios de la Escuela de Altos Estudios Mercantiles de Gijón; el Instituto del Carbón considerado un laboratorio de la Universidad de Oviedo; el Real Instituto Jovellanos de Gijón; los Institutos de Segunda Enseñanza de Oviedo y Avilés⁽¹⁰³⁾; la Escuela Técnica y Práctica de Enseñanzas de Mineralogía; la Escuela de Artes y Oficios de Avilés y la de Oviedo, que pasó a la Sociedad Económica de Amigos del País. A estos se unieron los propios de la Escuela de Administración Local para la preparación de secretarías de tercera y funcionarios (1942); el seminario para el ingreso en la Escuela de Madrid que habilitaba a los delegados e inspectores de trabajo; la Escuela de Estudios Sociales dirigida por Valentín Silva Melero (1943); la Escuela de Trabajo de Avilés, para labores de artesanía y oficios especializados superiores manuales o técnicos (1946); y la Escuela de Peritos Industriales de Gijón (prácticamente terminada en 1948)⁽¹⁰⁴⁾. Destacan también la Escuela de Comercio⁽¹⁰⁵⁾, la Delegación Administrativa de Enseñanza Primaria e Instrucción y la Escuela de Trabajo, que se transforma en Escuela de Trabajo y Artesanía para las encajeras de malla y crochet, caldereras de Miranda, ceramistas y ebanistas de Oviedo y relojeros de Cangas. Tam-

(99) Un año después, faltaba elevar el edificio de San Gregorio para albergar cien plazas. Las obras aparecían mediadas en el curso de 1942, cuando, además, se fijó el presupuesto de Santa Catalina en dos millones. En 1945 se informa de la intención de instalar Santa Catalina en la mansión del marqués de La Rodriга. Volúmenes IX, X, XI y XIII de los *Anales*.

(100) El reglamento se aprueba en 1948. *Vid.* volúmenes XII y XV de los *Anales*.

(101) Volúmenes XIII y XV de los *Anales*.

(102) En esos momentos, los alumnos se alojaban en una casa particular. El edificio se planeó en un solar cedido por la corporación municipal. Volumen XIV de los *Anales*.

(103) Los modernos institutos masculino y femenino comenzaron a funcionar en el curso 1945/1946. El femenino se trasladó a la calle Campomanes, con cincuenta internas. Sus alumnas cursaban las materias de labores, canto, danza, idiomas y pintura. El Instituto se dividía en varias secciones: apostolado, con actividad en el centro obrero; caridad, donde se elaboraban canastillas y ropa para los pobres y se repartía comida los domingos; ejercicios espirituales; y sección artística.

(104) Volúmenes XI, XII y XIII de los *Anales*.

(105) En el curso 1945/1946 se presentó un nuevo proyecto de Casariego y Bustelo. Volumen XIII de los *Anales*.



bién aparece en los últimos volúmenes de los *Anales* el importante Instituto de Estudios Asturianos, que comenzaba su trayectoria⁽¹⁰⁶⁾.

Mención destacada requieren la biblioteca universitaria y las colonias escolares.

La biblioteca se reabrió el 1 de mayo de 1943, tras un largo proceso de reconstrucción debido a la destrucción ocurrida en 1934 y durante la guerra⁽¹⁰⁷⁾. Con motivo de ésta, los libros se trasladaron y repartieron en dos edificios de la calle Jovellanos y del monte de piedad. También había libros en el Instituto Masculino y en la Escuela del Tercer Distrito. Y los más valiosos se habían alejado de Oviedo. La nueva vida de la biblioteca comenzó con unos setenta mil volúmenes procedentes de la biblioteca Pidal y veintidós mil del legado del conde de Toreno.

Desde 1938 se celebró anualmente el día del libro, en abril, y pronto comenzaron a presentarse, con tal motivo, memorias anuales de la biblioteca. Hasta 1944 el director fue Ignacio Aguilera y en 1946 accedió al cargo Carmen Guerra⁽¹⁰⁸⁾.

La biblioteca se dividió en cuatro secciones: Conde de Toreno, Ciencias Sociales y Derecho, Ciencias Puras y aplicadas y Letras con tres subsecciones: Asturiana por libros y autores, Historia y Geografía provincial y local y Libros impresos del siglo XVI. El Museo bibliográfico estaba integrado por manuscritos, incunables, raros sin fecha, impresos del siglo XVI y raros de los siglos XVII y XVIII. En 1946 se recibió el legado de la biblioteca de Armando Palacio Valdés y se crearon dos nuevas secciones: Historia de América y Geografía y Viajes.

La biblioteca, aparte de las tareas básicas de catalogación y préstamo⁽¹⁰⁹⁾, organizaba

(106) En 1947 se organizaron unas conferencias sobre «El Viejo Oviedo», a cargo de Guillermo Estrada, se recordaron las poesías en bable de Gil Blas y se celebró un concierto de cuerda. En 1948 se conmemoró el onceavo centenario de los monumentos ramirenses, a iniciativa de José Fernández Buelta, con una asamblea de autoridades presidida por el gobernador civil y un comité ejecutivo por el presidente de la Diputación. Se invitó al arqueólogo e historiador Helmut Schlunk y a los profesores Cazorla y marqués de Lozoya. Volúmenes XIV y XV de los *Anales*.

(107) Se recibieron ayudas de las Universidades de Friburgo y Católica de Milán, Inglaterra, recogida por Pérez de Ayala y García Conde, Portugal, Checoslovaquia, Lituania, Polonia, Panamá, Chile, México y Argentina, a través del Comité de Ayuda a la Biblioteca de la Universidad de Oviedo. En España, de las Reales Academias, Congreso de Diputados, Asociación Francisco de Vitoria, Unión Iberoamericana, algunas Universidades, como la de Santiago, corporaciones locales y, sobre todo, de la Asociación de Amigos y Antiguos Alumnos de la Universidad de Oviedo, que logró y coordinó tanto ayudas como libros (bibliotecas de Pidal y Ordoñez). El Ministerio concedió un crédito para el mobiliario. Sobre la historia de la biblioteca de la Universidad de Oviedo hasta este tiempo, *vid.* RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ramón. *La Biblioteca de la Universidad de Oviedo, 1765-1934*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1993.

(108) En 1947 se puso de manifiesto la necesidad de personal técnico perteneciente al cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos. Traslado a Soria el facultativo José Antonio Pérez Rioja, sólo quedaba Juana María Nasieles, opositora y becaria. En 1948 Caridad Bullón Calvo, funcionaria del Cuerpo Auxiliar, se trasladó a la Universidad de Madrid y el director eligió para suplir su función a las licenciadas Herminia Balbín e Isabel Fonseca Ruiz. Volúmenes XIV y XVI de los *Anales*.

(109) En 1945 estaba en elaboración el catálogo conforme a la clasificación decimal. Había 12.000 lectores y se habían recibido 10.500 solicitudes. No se exigía plazo de préstamo a los profesores «por considerarlo un procedimiento torpe y anticuado», aunque se solicitó la devolución de obras prestadas desde 1939. Provisionalmente, se incorporó a la biblioteca el Registro de la propiedad intelectual. En 1947 se informó de la formación del Patronato para el Fomento de Archivos, Bibliotecas y Museos, del ingreso de 1.555 libros y del donativo del Instituto Francés de Madrid, gracias al decano de Derecho José María Serrano. En cuanto a los conflictos existentes entre la biblioteca central y las bibliotecas departamentales, el modelo a seguir era el de Estados Unidos. Y se proyectó un catálogo general para Ciencias. En 1948



LOS «ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO». SEGUNDA ÉPOCA (1939-1950)

exposiciones⁽¹¹⁰⁾ y a la misma se vincularon seminarios de investigación, sobre Derecho Público, Filología Románica e Historia del Derecho⁽¹¹¹⁾

A la labor de la biblioteca universitaria se unía la propia del Centro de Coordinación de Bibliotecas de Asturias, que integraban las bibliotecas concejiles de Cangas de Onís, Pola de Lena, Castropol, Salas, Lastres, la biblioteca del Instituto de Jovellanos de Gijón, la de la prisión provincial de Oviedo y la circulante del Instituto de Avilés a partir de 1942. Las que mejor funcionaban eran la mencionada de la prisión, la Fray Jerónimo Feijoo de Oviedo, con siete mil volúmenes y las de Mieres, Infiesto, Moreda y Tapia. La idea era que hubiese una biblioteca en cada municipio e instalar las propias de la Diputación Provincial y la Dirección General de Bibliotecas⁽¹¹²⁾.

También se destaca en el *Anales* la labor del Archivo Histórico Provincial, que debía centralizar los documentos referidos a Asturias custodiados en archivos patrios y extranjeros, por lo menos a través de copias aprovechando el espléndido apartado donado a la Universidad, y la propia del Museo Arqueológico, que se instalaría en el antiguo claustro de San Vicente que estaba restaurando la Diputación Provincial, enriquecido con las excavaciones llevadas a cabo por García-Bellido y Uría Rúa en Coaña y las propias de la cueva prehistórica de Posada de Llanes⁽¹¹³⁾.

Por último, prestaremos atención a las colonias escolares universitarias, cuya labor se presenta como continuación de la iniciada por el *Grupo de Oviedo* y cuyas memorias recogen los primeros *Anales*. Desde 1939 vuelven a organizarse para niños y niñas con especiales necesidades económicas y físicas de los concejos de San Martín del Rey Aurelio y Langreo y los hijos de obreros de las Fábricas Nacionales de Trubia⁽¹¹⁴⁾ y Oviedo. En 1943 aparecen también niños de Lieres⁽¹¹⁵⁾. Y en 1948 niñas del colegio de recoletas de Oviedo⁽¹¹⁶⁾.

Disfrutaban de tres veranos consecutivos en cuatro grupos, dos de niños y dos de niñas, un total de unos doscientos cuarenta. El cancionero popular decía «Oviedo es una hermosa capital pero Salinas tiene colonia escolar».

se estaba reorganizando la biblioteca Toreno que estudiaba Constantino Cabal. Y el catálogo de las obras de Derecho quedaba inacabado por el traslado de Casielles al Instituto del Carbón. En 1949 seguían los trabajos de catalogación y se había instalado la calefacción. Volúmenes XIII, XIV, XV y XVI de los *Anales*.

(110) En 1945 sobre incunables, raros, ediciones príncipes, del siglo XVIII, ediciones y traducciones del Quijote y libros de Palacio Valdés. En 1948 otra dedicada a Cervantes en su cuarto centenario. Volúmenes XIII y XIV de los *Anales*.

(111) En 1940 se proyectó la creación de un seminario de investigación doctrinal e histórico sobre Derecho Público vinculado a la Biblioteca Toreno, que se incorporaría al Instituto Vitoria del Centro de Investigación Jurídico-Histórica. El seminario de Filología Románica fue encargado al profesor Rutilo Martínez-Otero en 1947. En 1949 se agruparon los fondos de Historia del Derecho para formar un seminario propio. Volúmenes IX, XIV y XVI de los *Anales*.

(112) Memoria de la labor de las bibliotecas asturianas presentada en 1949 por LORENZO RODRÍGUEZ CASTELLANO, director del Centro Coordinador de Bibliotecas. Volumen XVI de los *Anales*.

(113) Volumen X de los *Anales*.

(114) Los obreros de Trubia consideraban la colonia como una ampliación de la fábrica.

(115) En 1940 se califica a algunos de los colonos de «niños animales» sin nociones religiosas y analfabetos. Volumen IX de los *Anales*.

(116) Volumen XV de los *Anales*.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Lo que cambia respecto de las primeras colonias es la forma de encarar la formación de los pequeños. Al aprendizaje a través del juego y el descubrimiento promovidos entonces, sucedió el basado en la autoridad, el orden y la disciplina, en un entorno, no obstante, también de disfrute de la naturaleza. La debida formación patriótica se lograba con izadas y arriadas de bandera, cantos del himno nacional y del Movimiento, gritos de ritual para vitorear a la patria y al caudillo, rezos del rosario y veladas diarios. En las clases eran temas obligados las fiestas religiosas y patrióticas, las fechas históricas, los consejos morales, los higiénicos, la bibliografía de españoles ilustres dignos de imitación por su patriotismo, la gimnasia y los paseos. Los niños disfrutaban de juegos dirigidos en la playa y baños de sol y agua. El día acababa con una charla con el resumen de lo acontecido. La radio fue sustituida, en 1940, por un gramófono. Y contaban con una biblioteca de más de doscientos volúmenes. Los colonos iban uniformados, lo que, además de cubrir las deficiencias en los vestidos, se entendía daba «vistosidad en los paseos y actos colectivos así como una mejor presentación»⁽¹¹⁷⁾.

Francisco Cañal fue el director de las colonias desde 1938, en sustitución de Pablo Miaja. Como maestros auxiliares ejercieron Benjamín Llano Díaz, que fue sustituido en 1949 por José María Pérez García, y el colaborador Julio Antolín Paisán, y como maestras María Josefa Cañal Duque y Elvira Álvarez Álvarez, que debió ser sustituida por María Luisa Fernández Pantiga.

El sustento económico venía de la Diputación provincial, el Gobierno civil y el Ayuntamiento de Oviedo. En 1940, al no proporcionar su ayuda este último, no hubo niños de Oviedo en las colonias por primera vez en su historia.

La comida era organizada por la Junta provincial de abastos para los artículos racionados como el arroz, los garbanzos, el aceite y el azúcar. De venta libre eran las patatas, judías, leche, carne, pescado, verduras y fruta. Los niños comían cocido y cenaban arroz solo o con patatas y café con mucho azúcar, de segundo pescado o carne y pan. En 1949 se incorporó la leche al postre⁽¹¹⁸⁾.

(117) Memoria de 1943. Volumen XII de los *Anales*.

(118) En las memorias recogidas en los *Anales* aparecen listas de alimentos con sus precios y comercios en los que se compraban.





Diálogos jurídicos

**TRABAJOS FIN DE GRADO
Y TRABAJOS FIN DE MÁSTER**







EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO DE LOS OBLIGADOS TRIBUTARIOS

MARTA ALVARADO HERRERO

Abogada. Universidad de Oviedo

RESUMEN

El domicilio fiscal es un concepto de carácter fáctico que se circunscribe al lugar de localización del obligado tributario en sus relaciones con la Administración y se tendrá por constituido allí donde se lleve a cabo la gestión o la dirección principal del negocio. Ahora bien, la Administración en el ejercicio de sus potestades administrativas puede acceder al domicilio constitucionalmente protegido para lo que es necesario el consentimiento del titular o autorización judicial cuando se trata de espacios físicos que son indispensables para el desarrollo de las actividades internas, en los que se ejerce la dirección y administración de la sociedad o se custodian documentos y otros soportes de la vida diaria.

Palabras clave: Domicilio fiscal, entrada y registro, inviolabilidad del domicilio, consentimiento, despachos profesionales.

Fecha de recepción: 18/05/2015

Fecha de aceptación: 05/06/2015

ABSTRACT

The registered office of a company is a concept which refers to the address of a registered taxpayer for the purpose of his dealings with the authorities and by which is understood the place where the management and running of a company principally takes place. The authorities, in the exercise of their administrative powers, may be entitled to access to the registered office but such access is protected by the constitution in such a way that it is necessary to obtain consent from the registered owner or to have legal authorization in the case of physical spaces indispensable for the exercise of internal administration, where the management and administration of the company takes place or where documents and other requirements for the everyday running of the business are stored.

Keywords: Registered office, entry and search, protection of registered offices, consent, business offices.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN/JUSTIFICACIÓN.
- II. EL DOMICILIO TRIBUTARIO EN EL PROCEDIMIENTO INSPECTOR.
 1. Protección constitucional del domicilio.
- III. LA ENTRADA EN LOS DESPACHOS PROFESIONALES EN EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR.
 1. Introducción.
 2. El consentimiento y la autorización para la entrada y registro domiciliario.
- IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA.





I. INTRODUCCIÓN/JUSTIFICACIÓN

En este trabajo nos centraremos en el análisis del tratamiento jurídico del domicilio fiscal en nuestro ordenamiento jurídico, en relación con la entrada y registro por parte de la autoridad administrativa en el domicilio de los obligados tributarios, estableciéndose como límite el derecho constitucional fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Para ello analizaremos la normativa en vigor, las diversas teorías doctrinales en la materia y los criterios interpretativos teniendo en cuenta las líneas jurisprudenciales más recientes y trascendente, puestas de manifiesto en casos reales, a título ejemplificativo, derivados de la práctica jurídica.

El objetivo de este trabajo es demostrar la pluralidad de problemas prácticos que se pueden plantear en el ámbito jurídico-tributario en relación con el domicilio y el uso por parte del obligado tributario, normalmente a través del profesional pertinente o su representante jurídico, de los diferentes mecanismos que otorga el derecho para hacer frente a los mismos.

Con carácter general, cabe afirmar que son varios los motivos que pueden justificar la realización de actuaciones inspectoras en el lugar de residencia o trabajo del obligado tributario. Estas razones van desde la simple constatación de la realidad del obligado tributario y su actividad, el examen de la contabilidad principal y auxiliar y demás documentación a que se refiere el **artículo 142.1** de la L.G.T⁽¹⁾, y el acceso a bases de datos y registros informatizados para la obtención de copias en soporte electrónico, a la necesidad de conseguir pruebas de rentas no declaradas, o evitar su destrucción o la de otros hechos con transcendencia tributaria.

En definitiva, este tipo de actuaciones en el establecimiento del obligado tributario permite el acceso por parte de la Administración Tributaria a una información que normalmente no es posible obtener en actuaciones realizadas en las oficinas públicas. Dicho de otra manera, únicamente sería legal la entrada ante la inexistencia de otra medida más ponderada para alcanzar el fin propuesto con idéntica eficacia (STS de 14-5-2001, F.J 2.º), lo que equivaldría a decir que si el objetivo de la Inspección puede ser conseguido por otros medios que causen menor perjuicio a los interesados –a pesar de ser más gravosos o molestos para la Administración– habría de preservarse la intimidad personal y familiar, así como la inviolabilidad del domicilio⁽²⁾.

La ponderación de la medida pasa por los criterios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, siendo en este último elemento de juicio en el que, vista la relación entre fines perseguidos, medida adoptada y derecho fundamental afectado, será posible integrar el peculiar modo en que se configura el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

(1) Dicho artículo contempla en su seno un extenso elenco de potestades de muy diverso contenido.

(2) (STS de 6-5-2004, F.J. 9.º y Autos del mismo Tribunal de 2-2-2006, F.J. 1.º y 13-2-2004, F.J. 2.º, Madrid, de 14-9-2005, F.J.2.º, 9-3-2005, F.J.5.º, 4-2-2005, F.J.6.º, 23-9-2004, F.J. 3.º, 15-1-2004, F.J.2.º y 14-10-2003, F.J.2.º, Castilla y León 5-5-2006, F.J. 3.º y Extremadura 19-10-2006, F.J. 2.º y 25-9-2006, F.J. 2.º).





EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

Como consecuencia del referido principio de proporcionalidad, una denuncia anónima cuyos datos no hayan sido comprobados con ningún tipo de verificación previa, no podría dar lugar sin más a que se autorice la entrada y registro tal y como sostiene la S.T.S.J. de Cataluña 9-6-2000. La jurisprudencia exige a tal fin que en la solicitud del permiso para la inmisión domiciliaria se expongan los indicios, sospechas y datos objetivos que aconsejen y autoricen la necesidad –inexistencia de otro medio menos gravoso para alcanzar la finalidad perseguida–, idoneidad –valoración de que la entrada domiciliaria no es inútil para alcanzar el fin perseguido– y proporcionalidad –ponderación de los beneficios derivados de la inmisión y el sacrificio que implica en el derecho a la inviolabilidad del domicilio– de la medida⁽³⁾.

II. EL DOMICILIO TRIBUTARIO EN EL PROCEDIMIENTO INSPECTOR

1. Protección constitucional del domicilio

El domicilio constitucionalmente protegido goza de una protección especial por parte del ordenamiento tributario, en consonancia con la protección constitucional que se otorga al mismo⁽⁴⁾. Por ello, el acceso por parte de la Administración exige consentimiento del obligado tributario o disponer de la correspondiente autorización judicial (**artículo 113 L.G.T**).

El Tribunal Supremo⁽⁵⁾ ha afirmado que *el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental*. No estamos simplemente ante la residencia habitual, sino que se requiere algo más para que se hable de domicilio en sentido constitucional. En efecto, añade la STC 22/1984⁽⁶⁾, de 17-2-1984, F.J 5.º que *el domicilio inviolable*

(3) STC de 29-5-2000. En el mismo sentido las SSTs 17-3-2004 y de 17-6-2003.

(4) El **artículo 18.2** de la Constitución Española establece que *el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*.

Hay que tener en cuenta también la previsión que estableció el **artículo 10.2** de la Constitución al establecer que *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*.

La jurisprudencia del TEDH es, a estos efectos, determinante, pues, como ha sido señalado por la doctrina, sus Sentencias presentan una eficacia interpretativa «*erga omnes*», debiendo todos los Estados miembros firmantes del Convenio aplicar sus disposiciones de conformidad con la exégesis plasmada en la jurisprudencia de dicho Tribunal, y buena prueba de ello la constituyen las resoluciones judiciales nacionales que se hacen eco de la misma (SSTC 29-11-1984, F.J. 7.º, 4-10-1988, F.J. 2.º, 23-2-1995, F.J. 4.º y 23-2-2004, F.J. 4.º, SSTSJ Comunidad Valenciana 24-11-2004, F.J.3.º, 30-11-2004, F.J. 1.º y Cataluña 29-6-2004, F.J. 3.º).

La ubicación sistemática en nuestra Carta Magna configura la inviolabilidad del domicilio como un derecho de especial protección que, en virtud del artículo 53.2 CE, permite recabar su tutela tanto a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (arts.114 a 122 LJCA), como también, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

(5) Entre otras Sentencia 1108/1999 de 6 de septiembre, F.J. 7.º.

(6) En su Fundamento Jurídico 2.º recoge que *la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello*





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho, no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de la esfera privada de ella⁽⁷⁾.

El derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio no está ligado al derecho de propiedad sino a la tenencia o posesión del mismo, por lo que, en principio, es irrelevante el título por el que se ocupa (propietario, usufructuario, arrendatario, precarista...). Además, se extendería este derecho a las meras ocupaciones temporales tales como una residencia vacacional o la simple habitación de un hotel o pensión.

Como hemos indicado, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985, 137), F.J. 2 y 3 fue claro al admitir el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas⁽⁸⁾. Parece evidente que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas. Dicho reconocimiento ha sido duramente criticado por un cierto número de autores⁽⁹⁾ que han situado el fundamento de dicho derecho en la intimidad personal, ahora bien, ello no ha impedido que dichos pronunciamientos hayan sido ratificados con posterioridad por el propio Tribunal Constitucional, como por una amplísima jurisprudencia emanada de otros Tribunales⁽¹⁰⁾.

existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio, artículo 18.2 Constitución, y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad. Todo ello obliga a mantener por lo menos «prima facie» un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo.

(7) Cfr. MORILLO MENDEZ, A. «Los conceptos funcionales de domicilio y residencia y sus consecuencias en los procedimientos tributarios». *Carta Tributaria*, n.º 14, 2002, págs. 1-28.

(8) *Este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas y posee una naturaleza que en modo alguna repugna la posibilidad de aplicación a éstas últimas, las que –suele ponerse de relieve– también pueden ser titulares legítimas de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea una u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades.*

En suma, la libertad de domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezca o sean incompatibles con la naturaleza o la especialidad de fines del ente colectivo.

(9) MATIA PORTILLA, F.L: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, BARCELONA LLOP, J: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, págs. 498 y ss., Nieto García, A.: «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *RAP* n.º 112 (1987), pág. 14 y LOPEZ RAMON: «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REALA*, 1985, p.50.

(10) Doctrina seguida por SSTC 23-09-1987, F.J. 2.º, 16-12-1987, F.J. 9.º, 12-04-1988, F.J. 1.º, 02-02-1989, F.J. 2.º, 16-12-1997, F.J. 6.º y 7.º, 26-04-1999, F.J. 5.º, 10-02-2003, F.J. 11.º. Igualmente Sentencias del Tribunal Supremo 19-12-1986, F.J. 2.º, 21-09-1987, F.J. 3.º, 31-01-1988, 22-01-1993, F.J. 5.º, 02-06-1995, F.J. 2.º, 19-12-1986, F.J. 2.º, 07-04-1997, F.J.4.º, 21-09-1987, F.J. 3.º, 31-01-1998, F.J. 4.º, 25-04-2003, F.J. 6.º 28-04-2003, F.J. 4.º y 22-03-2004, F.J. 2.º.



EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

En el mismo sentido, se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional de 26-4-1999, número 69/99 (RTC 1999, 69), que entiende por domicilio constitucionalmente protegido de las personas jurídicas, *los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros*⁽¹¹⁾.

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir del año 2002, ha extendido dicho reconocimiento a las personas jurídicas, haciendo suyos los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, extractando en uno de los primeros pronunciamientos, el Caso Stés Colas Est⁽¹²⁾, tal protección *en la prolongación de la interpretación dinámica del Convenio, el Tribunal considera que ya es hora de reconocer, en determinadas circunstancias, que los derechos garantizados desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio pueden ser interpretados para dar cabida a una sociedad el derecho al respeto de su sede social, su agencia o sus locales profesionales*⁽¹³⁾. Conclusión que dicho órgano jurisdiccional ha reiterado en ulteriores resoluciones, y que, de modo casi inmediato, vino a ser asumida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁽¹⁴⁾.

El Tribunal Constitucional exige a los espacios constitucionalmente protegidos como domicilio, que sus signos externos revelen claramente la voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros, con independencia de la configuración del mismo⁽¹⁵⁾. Este concepto requiere: de un *elemento objetivo*, es decir, que se trata de un lugar separado de forma inequívoca del entorno físico exterior y de acceso restringido, y de un *elemento subjetivo*, refiriéndose que en dicho lugar se presenta alguna manifestación de la intimidad o de la privacidad.

Dentro de los domicilios constitucionalmente protegidos podemos diferenciar los siguientes tipos:

(11) La correcta exegesis de la doctrina constitucional pasa por la exigencia de que el espacio objeto de protección deba tener una configuración que de manera objetiva determine que en el mismo se pretende custodiar información relevante con exclusión de terceros.

Cierto es que dicho derecho no presenta un alcance tan amplio como el propio de las personas físicas, toda vez que en este caso la protección se fundamenta en la privacidad en lugar de hacerlo en la intimidad personal y familiar. Es por ello que pensamos que unas oficinas en las que, en principio, no se excluye la entrada de cualquiera, aunque para acceder a las mismas se realice una previa petición de cortés y usual permiso, no reúnen tal consideración. *Vid.* MARTINEZ LOZANO, Juan Miguel, URRUCHI BARRIO, Humberto. «El domicilio. Especial atención al de las personas jurídicas», ob. cit. pág. 13.

De igual forma se ha manifestado por la Sala de lo Penal, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo en Sentencia n.º 312/2009 de 25 de marzo, F.J. 2.º.

(12) Sentencia de 16 de abril de 2002.

(13) Otras Sentencias posteriores siguen la misma senda: Así, las de 27-09-2002, caso Petri Sallinen vs. Finlandia y 09-12-2004, caso Van Rossen.

(14) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Pleno, 22 de octubre de 2002, caso Roquette Freres.

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional número 10/2002 de 17-1-2002 (RTC 2002, 10), F.J. 6.º y 7.º.



a) Domicilio particular de las personas físicas: la protección constitucional es mucho mayor, al afectar a la intimidad personal y familiar. Son poco frecuentes los casos en los que la Inspección pretende el acceso a dicho lugar, y normalmente se trata de supuestos en los que coincide con el domicilio de una actividad económica⁽¹⁶⁾.

b) Domicilio constitucionalmente protegido de las personas jurídicas: su protección se fundamenta en la privacidad, teniendo menor intensidad que el domicilio anteriormente expuesto. De acuerdo con la doctrina constitucional, se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes informáticos de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros⁽¹⁷⁾.

Por tanto, tienen la consideración, conforme la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 23-4-2010, F.J 6.º y 7.º⁽¹⁸⁾, entre otras) de domicilio protegido aquellas zonas, dependencias, áreas a las cuales no tiene acceso el público, quedando excluidas de esta protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil, y concretamente destacamos, recepciones o vestíbulos de entrada, las tiendas, los almacenes, los establecimientos fabriles (SSTS 20-6-2003, F.J único y 18-2-2005, F.J 7.º), las naves industriales o ganaderas (SSTS 01-12-1995, F.J 3.º y 18-2-2005, F.J 7.º), los bares,

(16) Por ejemplo, si en el domicilio particular se ejerce una actividad económica, tal como una clínica, un despacho, o cuando el domicilio social es el mismo que el domicilio privado de su administrador, estamos ante supuestos en los que el domicilio tiene un carácter mixto; por tanto, la solicitud de autorización judicial tendrá que valorar dicha circunstancia, ya que el domicilio familiar goza de la especial protección del domicilio de las personas físicas.

(17) SSTS 23-4-2014 y 24-4-2010, F.J 5.º.

(18) La citada sentencia, recoge un supuesto en el que se cuestiona la procedencia de la entrada de funcionarios de la Inspección de los Tributos en las oficinas de una entidad cuando en la misma, además de existir almacén de recepción de mercancías, también existen oficinas y despachos de los Jefes de Contabilidad y Directores Financieros y Comerciales de la sociedad. La autorización del Delegado Especial de la AEAT se refería a la entrada dentro de la jornada de trabajo en las instalaciones y locales de negocio de la entidad, pero, lo cierto es que los espacios en los que se desarrolló de forma efectiva la actuación inspectora fueron los de los despachos del domicilio social en el que encontraban datos informatizados que luego resultaron esenciales para la determinación de la base imponible a través del régimen de estimación indirecta, razón por la que estaban protegidos por el artículo 18.2 de la Constitución según la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta.

De la mencionada Sentencia parece deducirse que el espacio constitucionalmente protegido incluye a los despachos del domicilio social (y fiscal) en los que se encuentren datos relevantes para la entidad.

Polémica doctrina en la que se cuestiona la procedencia de la entrada de funcionarios de la Inspección de los Tributos en las oficinas de una entidad, señalando que *no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad ni sirve a la custodia de su documentación. Tampoco las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares (...)*.

Parece deducirse que el espacio constitucionalmente protegido incluye a los despachos del domicilio social y fiscal en los que se encuentren datos relevantes para la entidad, o en los que se adopten las decisiones fundamentales relacionadas con la actividad empresarial o con secretos comerciales o industriales que pertenecen a la estricta reserva de la persona jurídica.



EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

cafeterías y otros lugares de esparcimiento (SSTC 27-12-2000, F.J 2.º y 17-1-2002, F.J 4.º y STS 18-11-2005, F.J 3.º)⁽¹⁹⁾.

c) Despachos de la actividad empresarial o profesional de personas físicas: Esta protección del domicilio se extiende a las dependencias que reúnen la nota de privacidad y exclusión de terceros, cuando se trate de un local distinto del domicilio particular de su titular (situación habitual), pero no si se trata de locales abiertos al público⁽²⁰⁾. No obstante, es frecuente que el acceso al despacho sea una sala con funciones de recepción y espera con libre acceso del público y desde la cual se puede acceder a despachos en los que se lleva documentación reservada y confidencial, en cuyo caso solo esta parte del inmueble goza de protección como domicilio constitucionalmente protegido.

III. LA ENTRADA EN LOS DESPACHOS PROFESIONALES EN EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR

1. Introducción

Como se dijo con anterioridad, previamente a la Sentencia del TC 69/1999⁽²¹⁾, de 26 de abril, el Tribunal Supremo no consideraba domicilio constitucionalmente protegido a los despachos profesionales de abogados (STS 27-6-1994 F.J 2.º, n.º 9727/1994, F.J 2.º y n.º 4958/1994, F.J 4.º, 6-7-1995, n.º 3988/1995, F.J 3.º y 30-4-2002, F.J 1.º ⁽²²⁾); gestorías (STS 20-6-2003, F.J único); oficinas abiertas al público de una empresa dedicada al asesoramiento jurídico de titularidad de una persona física (STS 22-3-2004, F.J 1.º y 6-7-1995, F.J 3.º).

Sin embargo, debe valorarse positivamente el hecho de que nuestros Tribunales internos hayan acogido la orientación de las Sentencias del TEDH con ocasión de la

(19) En el supuesto de que la Inspección proceda a la entrada en un local que no sea considerado domicilio constitucionalmente protegido (por ejemplo, una sala de reuniones o un despacho en los que no se produzca la llevanza de la contabilidad ni de la documentación de carácter confidenciales de la empresa), el hecho de que la Inspección solicite determinada documentación, tales como facturas, contratos, extractos o movimientos de cuentas, y éstos se le entreguen en dicho lugar no constituye a esa dependencia en domicilio constitucionalmente protegido. Igualmente, no convierte en domicilio constitucionalmente protegido aquellas dependencias en el que el obligado tributario deposite un ordenador portátil en que pueda contener todo o parte de la contabilidad de la empresa.

(20) Esta privacidad y exclusión de terceros se puede relacionar con la llevanza de documentación y libros de actividad.

(21) Debe, pues, subrayarse que también es domicilio constitucionalmente protegido el despacho profesional como *espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas*. De esta manera, el Tribunal Constitucional aboga por una noción amplia del domicilio de las personas físicas y jurídicas que en el caso de estas últimas abarcaría tanto los espacios físicos que constituyen *el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma*, como aquellos otros que se destinan a *servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento*.

(22) *Podemos, por tanto, concluir en la necesidad de diferenciar entre aquellas oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica, a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, de aquellos otros despachos o dependencias, que no constituyen sede social y que, por su disposición a la entrada de público, deben considerarse, a diferencias del domicilio de la persona física, desposeídas de semejante protección.*



exégesis del art. 8⁽²³⁾ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al cual debe atenderse de manera obligatoria, ex art. 10.2 CE. Efectivamente en sus sentencias 16 de febrero de 2002 (Amann)⁽²⁴⁾, 4-5-2000 (Rotaru vs. Rumanía), 25-6-1997 (Halford vs. Reino Unido) y 16-12-1992 (Niemiets vs. Alemania), el Tribunal de Estrasburgo recuerda *el derecho del individuo de establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes sin que exista ninguna razón de principio que permita excluir las actividades profesionales o comerciales de la noción de vida privada*. Asimismo, la STEDH 27-9-2005 (caso Petri Sallinen vs. Finlandia) afirma que el concepto de domicilio puede incluir *el despacho profesional de una empresa dirigida por una persona privada, así como las oficinas de personas jurídicas, sedes y otros locales de negocio*⁽²⁵⁾.

Desde esta perspectiva, se entiende mejor la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo, para el que el artículo 18.2 CE no es otra cosa que el espacio en el cual las personas físicas proyectan *su yo anímico en múltiples direcciones* (SSTS 27-11-2000, F.J 4.º, 17-12-2003, F.J 1.º, 12-7-2004, y 18-11-2005, F.J 3.º entre otras).

La doctrina que con más profundidad ha estudiado esta cuestión, señala que las cuatro características propias del domicilio constitucionalmente protegido son las siguientes: a) Espacio físico delimitado; b) Ocupado de manera ocasional o estable; c) Destinado a vivienda o al ejercicio de una actividad empresarial o profesional; d) Compatible con la salvaguarda de la privacidad⁽²⁶⁾. Por lo tanto, también es domicilio constitucionalmente protegido el despacho profesional o el domicilio de las personas jurídicas como «espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas» los empresarios o profesionales. Ello exige, por tanto, una interpretación del mismo «amplia y flexible» que implica no solo el lugar donde se pernocta habitualmente o dónde se realizan otras actividades habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con el objeto de desarrollar en él alguna actividad.

En cualquier caso, en todo despacho profesional habrá una parte no cubierta por la protección constitucional del domicilio, que se correspondería con la recepción de entrada de los clientes y todo lo demás debe considerarse domicilio constitucionalmente

(23) El TEDH ha interpretado el citado artículo señalando que la injerencia en los derechos recogidos en éste debe responder a «una exigencia social imperiosa» (Sentencias de 24-11-1986, caso Gillow, 16-12-1997, caso Camenzind, 25-03-1998, caso Kopp, 23-09-1998, caso McLeod, 20-06-2000, caso Foxley, y 9-10-2003, caso Slivenko).

(24) *En la prolongación de la interpretación dinámica del Convenio, el Tribunal considera que ya es hora de reconocer, en determinadas circunstancias, que los derechos garantizados desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio pueden ser interpretados para dar cabida a una sociedad, el derecho de respeto de su sede social, su agencia o sus locales profesionales.*

(25) La misma doctrina se contiene en las Sentencias 30-03-1989 caso CHAPPELL, 28-01-2003 caso SANCHEZ CARRETÉ y 25-02-2003 caso REMEN y SCHMIT-TURQUIA.

(26) Cfr. GONZALEZ TREVIANO, P.J., *La inviolabilidad del domicilio en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1992, ALONSO DE ANTONIO, A.L., *El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la Constitución Española de 1978*, Colex, Madrid 1993 y ALVAREZ MARTINEZ, J., *La inviolabilidad del domicilio ante la Inspección de Tributos*, Primera Edición La Ley, 2007.



EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

protegido, pudiendo negarse su titular a franquear la entrada en otras dependencias que no sean esa recepción o vestíbulo de entrada, y todo ello sin perjuicio de que en dichos lugares los actuarios puedan diligenciar la negativa del contribuyente o comunicar el inicio de las actuaciones inspectoras requiriendo la aportación de la documentación oportuna⁽²⁷⁾.

En mi opinión, la conexión de la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la intimidad no es incompatible con que se otorgue tal derecho a las personas jurídicas. En efecto, en el desarrollo de sus actividades las entidades jurídicas tienen un ánimo de privacidad que normalmente está vedado a terceros y cuya protección debe garantizar la Constitución. La intimidad, por otra parte, es un concepto que no tiene por qué circunscribirse exclusivamente a la intimidad familiar propia de las personas físicas, sino que puede extenderse a la intimidad profesional o empresarial predicable de cualquier persona.

Por tanto, consideramos que los despachos profesionales de asesores fiscales, abogados, procuradores, etc., así como los lugares donde tengan guardada la información confidencial de los clientes, también tienen la consideración de domicilio constitucionalmente protegido.

2. El consentimiento y la autorización para la entrada y registro domiciliario

Los **artículos 113 y 142.2** LGT, así como el **artículo 172.3** del R.G.A.T. aluden al consentimiento del titular domiciliario como presupuesto legitimador de la entrada⁽²⁸⁾.

(27) Así lo ha señalado la doctrina, entre los más destacables (ALVAREZ MARTINEZ, J. «La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos», NAVARRO FAURE, A. «El domicilio constitucionalmente protegido en la Ley General Tributaria», *Civitas*, n.º 138, 2008, págs. 229-256 y SANCHEZ PEDROCHE, J.A. «Inspección, entradas domiciliarias o la fractura en la Sala Tercera del Tribunal Supremo», *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, ISSN 0213-0548, n.º 27, n.º 8, 2011, páginas 13-38).

(28) A título ejemplificativo podemos destacar una actuación que se ha llevado a cabo en la Dependencia Regional de Inspección de la A.E.A.T en la que los mismos iniciaron unas actuaciones de comprobación e investigación en relación con un obligado tributario. Personada la Administración en la nave industrial de la entidad procedieron a mostrar sus documentos de identidad acreditativos, siendo atendidos por el encargado, el Señor X, persona que en ese momento ostentaba la custodia del local. Los funcionarios le advierten que, en caso de no consentir el acceso, la Inspección puede solicitar autorización judicial de entrada y pueden ser de aplicación las consecuencias que la legislación tributaria anuda a la falta de colaboración de los obligados tributarios. En el momento de la entrada, efectúan una Diligencia donde hacen constar tanto la petición de entrada y la persona a la que se efectúa y las demás circunstancias formales del caso. Se le facilita únicamente el acceso a la recepción de la nave industrial, concretamente la zona abierta al público, negándose a la entrada a aquellos sitios afectados a la dirección de la entidad, así como a aquellos los que se conserva la documentación confidencial y la contabilidad. Los agentes deciden requerirles determinada documentación relevante, circunstancia ésta que hizo que el Señor X le acompañara amablemente a la puerta. En este supuesto concreto la Administración se retira ante la negativa del Señor X de facilitarles el acceso al domicilio considerado constitucionalmente protegido y la entrega de documentación relevante puesto que no están en posesión de la debida autorización judicial.

La actuación de la Administración es calificable del todo correcta ya que en todo momento no ejercitan ninguna conducta que pueda resultar intimidatoria, simplemente le advierten de las consecuencias de no consentir el acceso. Se documenta la denegación en diligencia, identificando al Señor X, como la persona que deniega la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido y se procede a comunicar el inicio de las actuaciones, y a su vez, se entrega requerimiento para la aportación de datos en soporte informático. Asimismo, se constata la



Cuando se pretenda el acceso al domicilio de una persona física, dada su especial y más intensa protección, deberá advertírsele expresamente de su derecho a denegar la entrada⁽²⁹⁾. Esta exigencia no se contiene en las normas tributarias, pero es conveniente su constancia expresa a fin de garantizar la información al interesado sobre sus derechos con motivo de las actuaciones inspectoras, extremo que no es necesario en el supuesto de las personas jurídicas, dado que la intensidad de la protección es menor y no será necesaria dicha advertencia.

Tres requisitos deben reunir dicho consentimiento⁽³⁰⁾: 1. Que lo preste el propio obligado tributario como titular legítimo del domicilio en el que se va a efectuar la inspección⁽³¹⁾ 2. Que dicho titular ostente la capacidad jurídica necesaria o suficiente para poder otorgar ese consentimiento, sin que sea suficiente el consentimiento prestado por un mero empleado, en el caso de las personas jurídicas. 3. Que éste sea prestado de forma enteramente libre y voluntario, es decir, sin la concurrencia de vicios obstativos de la voluntad que pudieran afectar a la manifestación jurídica realizada.

No obstante, dicho consentimiento puede ser limitado y condicionado, proceder que no tiene que fundamentarse en causa justificada alguna; así, el obligado tributario puede consentir la entrada en ciertas dependencias y limitar su consentimiento a determinados requisitos, tales como el tiempo, el lugar o el número de personas que acceden. Si la Inspección valora que las limitaciones o condicionantes dificultan o impiden las actuaciones inspectoras que pretenden llevarse a cabo, deberá valorar la conveniencia de pedir autorización judicial. Las SSTs de 26-6-1998, y 6-3-1999, F.J. 2.º concretan que la existencia o no del consentimiento ha de interpretarse de manera restrictiva, debiendo tener en cuenta el propio comportamiento y situación «antes», «durante» y «después» de la entrada.

El TSJ de Asturias ha dictaminado en la Sentencia de 10-2-2010, F.J. 2.º que, en el caso de las entidades jurídicas, las personas que deben dar la autorización expresa son aquellas que desempeñen cargos que impliquen una efectiva intervención en las decisiones

negativa a la entrega de la documentación requerida, pudiendo calificar dicha actuación como un hecho constitutivo de resistencia, obstrucción, excusa y negativa.

La actuación del Señor X también es conforme a derecho puesto que no es obligatorio facilitar el acceso a la Inspección. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 146 de la L.G.T. los funcionarios podrán adoptar las medidas cautelares que procedan. No obstante, consideramos que no estaría permitida la retirada de equipos informáticos o documentación, mientras no se esté en posesión de la debida autorización, ya que chocaría directamente con el derecho a denegar el acceso.

(29) La negativa a otorgar el consentimiento por parte de su titular, carece de efectos jurídicos perjudiciales para dicha persona, y no puede, en absoluto, tildarse de excusa o resistencia antijurídica a la actuación administrativa, al tratarse del simple ejercicio de un derecho constitucional. Así lo afirma la propia Inspección de Hacienda (AAVV 2005) y la Abogacía del Estado (AAVV 2004).

(30) *Vid.* MORILLO MENDEZ, A. «Los conceptos funcionales de domicilio y residencia y sus consecuencias en los procedimientos tributarios ». *Carta Tributaria*, Monografías, n.º 14, 2002, págs. 1-28.

(31) El obligado tributario, en su calidad de titular domiciliario, ha de ostenta dicha condición sobre la base de un título legítimo (STC 17-10-1985, 03.07.1992, 07-11-1994, 31-01-1995, 06-09-1999, 10-04-2002, 04-11-2002, 20-10-2003, 17-12-2003 y 19-01-2005, SSTs 12-05-2005, 22-09-2005, 14-03-2006, 23-06-2006, 18-10-2006), no pudiendo, por tanto, prestar el mencionado consentimiento quien ocupa el referido domicilio de modo ilegal y sin derecho a ello.



EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

de la entidad⁽³²⁾. Si en el local se encuentran varias personas capacitadas para otorgar la autorización, bastará el consentimiento de una de ellas, siempre sin la oposición de los demás, para entender autorizado el acceso. En el caso de órganos colegiados bastará con que autorice la persona con mayor rango, y en supuesto de administradores mancomunados se requiere el consentimiento de todos los que estén presentes. Para el caso del despacho profesional en el que existen varios titulares del mismo resulta necesario el consentimiento de todos los profesionales que comparten despacho.

Si se tratase del domicilio de personas jurídicas o de entes sin personalidad jurídica, el consentimiento debe solicitarse y deberá ser prestado en el primer caso por el administrador como representante legal y orgánico de la entidad (SSTS de 30-5-2003, F.J. 2.º y 6.º, 13-12-2002, F.J. 3.º y 4.º y 2-6-1995, F.J. 2.º y 3.º; SAN de 24-3 y 4-12-2003, F.J. 3.º; SAP de Gerona de 22-5-2000, F.J. 4.º y 5.º; SAP de Barcelona de 3-7-2001, F.J. 1.º) y en el segundo, por aquella persona que ostente la representación del ente sin personalidad. Ha de reputarse, pues, irregular el consentimiento recabado de los empleados o los encargados de tareas administrativas (STS de 17-5-2001, F.J. 7.º, SSAN de 11-10-2006, F.J. 3.º, 15-4-2004, F.J. 3.º, 20-7-2006, F.J. 2.º, 11-5-2006, 18-5-2006, F.J. 2.º, y SAP de Gerona de 22-5-2000, F.J. 4.º y 5.º).

Los funcionarios de la Inspección están obligados a advertir al titular del domicilio en el que se pretende la entrada, de las razones o motivos de dicho acceso (SSTS de 14-3-2006, F.J. 2.º y 4-11-2002, F.J. 2.º y particularmente del derecho que le asiste al titular de oponerse o negarse a la misma. De manera rotunda lo ha confirmado el Tribunal Supremo al afirmar que *el consentimiento prestado debe ser correctamente informado y terminantemente libre. El titular del derecho debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, así como las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación* (STS de 26-11-2003, F.J. 3.º).

El Tribunal Supremo deja claro, por lo tanto, que el consentimiento a la entrada por el titular del domicilio únicamente podrá entenderse otorgado cuando coincida con su voluntad real, es decir, que *haya sido prestado con total y entera libertad, espontáneamente y sin mácula alguna depresión psicológica o de actitud engañosa por parte de la autoridad administrativa* (SSTS de 26-11-2003, F.J. 3.º, 13-12-2002, F.J. 4.º, 12-4-2002, F.J. 1.º, 17-4-2001, F. 3, 4 y 5.º, 4-4-1999, F.J. 4.º, 23-1-1998, F.J. 4.º y 2-6-1995, F.J. 2.º y 3.º).

(32) *Aun dando por cierto que la referida Doña Marisol es quien lleva los asuntos contables y administrativos de la empresa, siendo ella quien, tras prestar su consentimiento a la entrada, facilitó a los actuarios intervinientes la documentación contable requerida y permitió la copia del soporte informático con información tributaria trascendente al caso, aun así se habría violado el precepto constitucional, porque el consentimiento debe ser dado por el titular o responsable de la sociedad, no por una empleada administrativa por muy importantes funciones que desarrolle en la misma, si como es el caso aquella no ostente la representación legal de la misma, ni ejerce labores de dirección o administración como pudieran suponerse a quien detentara cargos como el de Presidente, Director General, Gerente, Administrador, Director de Departamento, Consejero o miembro del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa. Y es que el artículo 18.2 no consiente otra intervención. La Administración necesita el consentimiento del titular, y no le basta el mero hecho de que no conste la negativa a la entrada, porque no es la negativa lo que tiene que constar, sino el consentimiento, y éste no aparece otorgado por persona hábil para ello.*



La Sentencia del Tribunal Supremo de 24-4-2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Pleno, declaró ilegal la entrada de la A.E.A.T en la empresa con anterioridad a la llegada de sus representantes legales. La Abogacía del Estado sostenía que no se trataba del domicilio, sino el local de negocio de la empresa y que nada influyó el hecho de que a los inspectores les acompañaran dos miembros de la Guardia Civil. La empresa defendió que la entrada había sido ilegal, pues nadie les había autorizado a entrar y la Inspección carecía de autorización judicial cuando requisaron los libros oficiales y la contabilidad de la empresa, copiando además los archivos informáticos de los ordenadores que encontraron, concretamente, del Director Comercial y el Director Financiero.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la regulación absolutamente parcial e insuficiente de esta cuestión objeto de análisis, siendo nuestra Norma Suprema parca en su expresión cuando exige autorización judicial, sin ocuparse de precisar cuál es el órgano competente ni el procedimiento a seguir⁽³³⁾. Tampoco aquí la L.O.P.J. regula esta cuestión por completo. Similar criterio es el sostenido por Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en Sentencia de 20-2-2003, F.J 3.º en la cual se afirma que *Conforme a esta nueva normativa es lo cierto que la Ley Procesal tan sólo dedica a estas autorizaciones el art. 8.5 (...) y en su art. 80.1.d). Fuera de estos dos concretos extremos, todo se deja a la labor del intérprete pues ninguna claridad arroja los arts. 96.3 de la Ley 30/92 y el más esencial 18.2 de la C.E.; y lo que es más importante a los efectos del debate suscitado, no existe precepto alguno que determine el iter procesal para dictar ese auto sobre la autorización solicitada por la Administración*⁽³⁴⁾.

Ante la negativa del titular domiciliario y la inexistencia de flagrante delito, la Administración no tiene otra opción que solicitar autorización judicial si quiere llevar a cabo sus pretensiones inquisitivas. El Jefe de la Unidad elaborará un Informe-Propuesta de solicitud de autorización judicial de entrada, dónde se motive la conveniencia de la entrada en el domicilio y se detallan las circunstancias que se requieren para la autorización judicial⁽³⁵⁾. Aunque es conveniente recordar que para el acceso a un domicilio constitucionalmente protegido no es necesario solicitar la previa autorización administrativa del Delegado, sino exclusivamente la autorización judicial de entrada. No obstante, puede ser aconsejable estar en posesión de la autorización administrativa del Delegado, dado que una parte de las instalaciones que constituyen el domicilio pueden estar protegidas y otras no. De esta forma, la anulación del Auto judicial permitiendo la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido no vicia las pruebas obtenidas donde no era necesaria la autorización judicial o el consentimiento del obligado.

(33) Sentencia 23 de Febrero de 1995, F.J 5.º, 6.º, 7.º.

(34) En la misma línea han venido a manifestarse las Sentencias del Tribunal Supremo 6-02-2004, F.J. 2.º, del propio Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 21-09-2006, F.J. 3.º y los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, 30-12-2003, F.J. 1.º y 3.º, 25-03-2004.

(35) La jurisprudencia viene exigiendo a tal fin que en la solicitud de permiso para la entrada se expongan los indicios, sospechas y datos objetivos concretos que aconsejen una medida tan relevante, sin que puedan entenderse por tales las simples suposiciones o conjeturas, ni mucho menos las afirmaciones genéricas sin contenido preciso (SSTS 17-06-2003, F.J. 6.º y 22-03-2004, F.J. 2.º).



EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

Una vez obtenida la autorización, como no podría ser de otro modo, también corresponde a los órganos judiciales concedentes de la misma el control de la adecuación realizada a la autorización recibida; por ello, el **artículo 172.2** del R.G.I.A.T ordena que una vez finalizada la entrada y reconocimiento se comunicará al órgano jurisdiccional que las autorizaron las circunstancias, incidencias y resultados de dichas actuaciones.

La L.G.T., en su **artículo 3**⁽³⁶⁾, contempla un principio básico respecto a la limitación de los derechos fundamentales y que debe presidir el ejercicio por parte de la autoridad administrativa de la entrada en el domicilio, así como la fundamentación de la autorización judicial, como es el principio de proporcionalidad. En todo caso, la Inspección tendrá que motivar con exactitud el juicio de proporcionalidad⁽³⁷⁾ necesario para llevar al convencimiento del Juez que la invasión domiciliaria resulta indispensable para alcanzar el fin perseguido⁽³⁸⁾. El citado principio de proporcionalidad ha sido recogido por el Tribunal Constitucional, que en la primera e importante sentencia sobre este tema (STC 66/1985⁽³⁹⁾) consideró que la autorización judicial debía integrar un juicio sobre la razonabilidad de la entrada domiciliaria, lo que exige un examen, no solo de los requisitos mínimos de legalidad de la actuación, sino asimismo de la proporcionalidad de la medida⁽⁴⁰⁾.

Para el Tribunal Constitucional las entradas y registros domiciliarios resultarían necesarios en todos aquellos supuestos en que la obtención de pruebas fuese imposible o extraordinariamente dificultosa acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos, llegando incluso a afirmar que dicha inmisión debe constituir el medio indispensable para alcanzar el fin perseguido⁽⁴¹⁾. La jurisprudencia exige a tal fin que en la solicitud de permiso para la entrada se expongan los indicios, sospechas y datos objetivos concretos que aconsejen una medida tan relevante como la inmisión administrativa, sin que

(36) *La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto a los derechos y garantías de los obligados tributarios.*

(37) De tal manera que, en mi opinión, para el análisis de la necesidad de aquella medida, es preciso tener en cuenta el principio de proporcionalidad que debe presidir la limitación de los derechos fundamentales, de tal manera que la entrada en el domicilio ha de ser necesario u objetivamente justificada en el sentido de que no exista una alternativa menos gravosa, en cuyo caso no se justificaría la entrada en el domicilio. Ob cit. pág. 28, NAVARRO FAURE, Amparo. «El domicilio constitucionalmente protegido en la Ley General Tributaria», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 138, 2008, paginas 229-256.

(38) En este mismo sentido, como mantiene ÁLVAREZ MARTINEZ, el juez en estos supuestos no realiza una función propiamente jurisdiccional, sino una tarea judicial de garante de un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que, «*prima facie*», parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta que aquellas que sea estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa (STC 144/1987, de 23 de Septiembre (RTC 1987, 144), F.J. 2.º).

(39) Afirma dicha sentencia que, como regla general, *el principio de proporcionalidad exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales cuyo contenido esencial es intangible.*

(40) El Tribunal Constitucional ha mantenido este criterio entre otras en las siguientes sentencias: STC 14 de septiembre de 1998, F.J. 2.º, 13 de septiembre de 2004, F.J. 3.º entre otras.

(41) Sentencia 69/1999 de 26 de abril.



puedan entenderse por tales las simples suposiciones o conjeturas, ni mucho menos las afirmaciones genéricas sin contenido preciso (SSTS de 22 de marzo de 2004, F.J 2.º y 17 de junio de 2003, F.J 6.º).

La STS 28-1-2002, F.J 2.º señala que las «*noticias confidenciales*» que dice tener la Policía para solicitar el mandamiento no pueden fundamentar un acto que implique el sacrificio de un derecho fundamental. Por lo tanto, la Administración deberá reflejar en la solicitud del permiso al Juzgado, los datos y circunstancias objetivas que hagan verosímil la sospecha de la comisión del ilícito y la justificación de que no existe otra alternativa a la entrada.

La Sentencia del Tribunal Supremo 5-7-1993, F.J 3.º recuerda que la resolución del Juez debe dar a conocer el porqué de la invasión domiciliaria y el análisis ponderativo tenido en cuenta para valorar los distintos intereses en juego. Ahora bien, esto no significa que la autorización judicial sea necesaria en todos los casos. En primer lugar, no será necesaria cuando haya consentimiento del interesado. En segundo lugar, no se pueden considerar datos vedados a la Administración tributaria todos aquellos que según la ley puedan ser objeto de comprobación e investigación por parte de la Administración tributaria y que el sujeto pasivo está obligado a conservar y exhibir a la Administración.

A mi juicio, la doctrina del Tribunal Constitucional debería ir perfilando los límites al derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuando éste no se utiliza en beneficio del interés general, pudiendo provocar, como ha resaltado SANCHEZ GARCÍA⁽⁴²⁾ una actitud abusiva u obstruccionista.

En cualquier caso, y esto es una regla general para la interpretación de todos los derechos fundamentales, si la Administración albergase dudas sobre la consideración de un determinado recinto como domicilio protegido, habría de decantarse por la opción favorable a otorgar a dicho habitáculo la condición domiciliaria (SSTS de 4-11-2002, F.J 1.º y 6-7-1995, F.J 3.º), pues siempre *sería preferible que la Inspección, como integrante de la Administración Tributaria, exceda su celo en el cumplimiento del mandato constitucional, aun acosta de tener que salvar más obstáculos en su labor, que no, con su actuación, generar una violación de un derecho consagrado constitucionalmente.*

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

A modo de resumen de lo recogido hasta este momento en este trabajo se puede señalar que la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesaria y exclusivamente a la persona física. La jurisprudencia constitucional lo hace extensivo y predicable de las personas jurídicas desde el momento en que viene a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, aunque pueda haber problemas interpretativos relacionados con su extensión, pero, por el contrario, no todos los lugares donde éstas

(42) SANCHEZ GARCIA, N. «Inspección. Lugar». En *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*. IEF. Madrid, 1991, pag. 1672.



EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

ejerzan su actividad disfrutaran de las mismas, quedando excluidas de esta protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil.

En mi opinión, la conexión de la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la intimidad no es exclusivamente aplicable a la intimidad familiar propia de las personas físicas, pudiéndose circunscribirse a las personas jurídicas a través de la intimidad profesional o empresarial. Así, por ejemplo, en el desarrollo de su actividad empresarial, todas las personas jurídicas tienen un estricto ámbito de intimidad que normalmente está vedado a terceras personas ajenas a la misma y cuya protección debe garantizar la Constitución.

Por todo ello, considero que una mayor aplicación y concreción del tan citado principio de proporcionalidad podría ayudar a resolver muchos de los problemas prácticos en los que la actuación de la Inspección en el desarrollo del deber constitucional de contribuir puede afectar a la limitación de cualquier otro derecho constitucional, siendo el más afectado el derecho a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio.

V. BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA

1. Libros:

ALONSO DE ANTONIO, A. L., *El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1993.

ALVAREZ MARTINEZ, Joaquín, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Primera Edición, La Ley, 2007.

GONZALEZ TREVIJANO, P. J., *La inviolabilidad del domicilio en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1992.

MATIA PORTILLA, F.L, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

NAVARRO FAURÉ, A., *El domicilio tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

SANCHEZ GARCIA, N., «Inspección. Lugar». En *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, IEF, Madrid, 1991.

SANCHEZ PEDROCHE, J. Andrés; BAS SORIA, Javier; y MOYA CALATAYUD, Faustino, «*Estudio concentrado y sistemático de la Ley General Tributaria y su normativa de desarrollo*», Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, diciembre 2012.

2. Revistas

LOPEZ RAMON: «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REALA*, 1985, p.50.

MARTINEZ LOZANO, Juan Miguel, URRUCHI BARRIO, Humberto, «El domicilio. Especial atención al de las personas jurídicas», *Carta Tributaria*, ISSN 1133-794X, n.º 16, 2011, págs. 3-22.



MORILLO MENDEZ, Antonio, «Los conceptos funcionales de domicilio y residencia y sus consecuencias en los procedimientos tributarios», *Carta Tributaria*, Monografías, ISSN 1133-794X, n.º14, 2002, págs. 1-28.

NAVARRO FAURE, Amparo, «El domicilio constitucionalmente protegido en la Ley General Tributaria», *Civitas*, Revista Española de Derecho Financiero, ISSN 0210-8453, n.º 138, 2008, paginas 229-256.

SANCHEZ PEDROCHE, José Andrés, «Inspección, entradas domiciliarias o la fractura en la Sala Tercera del Tribunal Supremo», *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, ISSN 0213-0548, n.º 27, n.º 8, 2011, páginas 13-38.

3. Referencias jurisprudenciales:

Tribunal Supremo, S. de 14-5-2001, rec. 1246/1999, LA LEY 96985/2001, 6-5-2004, rec. 452/2003 LA LEY 13424/2004, A. de 2-2-2006, rec. 2016/2005, LA LEY 303235/2006 y A. de 13-2-2004, rec. 2413/2002, LA LEY295214/2004.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, S. 1045/2005 de 27-9-2005, Rec. 59/2005, LA LEY 186391/2005.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, S. de 14-9-2005, rec. 376/2005, LA LEY 253270/2005, 25-10-2005, rec. 102/2005, LA LEY 266193/2005, 31-5-2005, rec. 57/2005, LA LEY 122315/2005, 9-3-2005, rec. 98/2004, LA LEY 56213/2005, 4-2-2005, rec. 272/2004, LA LEY 1006/2005, 23-9-2004, rec. 29/2004, LA LEY 197067/2004, 15-1-2004, rec. 80/2003, LA LEY 8751/2004 y 14-10-2003, rec. 16/2003, LA LEY 161710/2003.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, S. de 5-5-2006, rec. 17/2006, LA LEY 49232/2006.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, S. de 19-10-2006, rec. 182/2006, LA LEY 123784/2006 y 25-9-2006, rec. 145/2006, LA LEY 116474/2006.

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, S. 22/1984 de 17-2-1984, rec. 59/1983, LA LEY 8565-JF/0000, 137/1985 de 17-10-1985, rec. 124/1985. LA LEY 10408-JF/0000 y 69/1999 de 26-4-1999, Rec. 2824/1995, LA LEY 5707/1999.

Tribunal Supremo, S. de 2-6-1995, rec. 1640/1993, LA LEY 14557/1995 y 22-3-2004, rec. 1876/2002, LA LEY 12317/2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S. de 16-4-2002, rec. 37971/1997, LA LEY 73553/2002.

Tribunal Supremo, S. de 25-3-2009, rec. 10597/2008, LA LEY 34621/2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S. de 9-12-2004, rec. 41872/1998, LA LEY 258686/2004.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, S. de 22-10-2002, LA LEY 221193/2002

Tribunal Constitucional, S. 10/2002 de 17-1-2002, rec. 2829/1994, LA LEY 1655/2002.

Tribunal Supremo, Sentencias de 23-4-2014 y de 24-4-2010 (RJ 2010, 3640), rec. 3791/2006, LA LEY 55569/2010, 23-4-2010, rec. 704/2004, LA LEY 49115/2010, n.º 4309/2003, Id Cendoj: 28079120012003103287, de 20-6-2003, n.º 6105/1995, Id Cendoj: 28079120011995102975, 1-12-1995 y n.º 7155/2005, Id Cendoj: 28079120012005101382, 18-2-2005.



EL DOMICILIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN EL DOMICILIO...

- Tribunal Constitucional, S. 283/2000 de 27-11-2000, rec. 4642/1997, LA LEY 11788/2000 y n.º 10/2002 de 17-1-2002, rec. 2829/1994, LA LEY 1655/2002.
- Tribunal Supremo, S. 7155/2005 de 18-11-2005, n.º 4958/1994 de 27-6-1994, Id Cendoj: 28079120011994108732, n.º 3988/1995 de 06-7-1995, Id Cendoj: 28079120011995103134, 30-4-2002, rec. 137/2001-P/2001, LA LEY 6684/2002, 22-3-2004, rec. 3412/2001, LA LEY 1270/2004 y n.º 3988/1995, de 16-7-1995.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S. de 16-2-2002, (Amann), 4-5-2000, LA LEY 91769/2000 (Rotaru vs. Rumanía), 25-6-1997, LA LEY 14377/1997 (Halford vs. Reino Unido), 16-12-1992, LA LEY 12205/1992 (Niemiets vs. Alemania), 27-9-2005, LA LEY 185743/2005 (Petri vs. Filandia), 27-11-2000, rec. 1699/1999, LA LEY 1316/2001, 24-11-1986, LA LEY 5863/1986, 16-12-1997, LA LEY 17036/1997, 25-3-1998, LA LEY 39149/1998, S.23-9-1998, LA LEY 101191/1998, 20-6-2000, (caso Foxley), 9-10-2003, LA LEY 159102/2003, Sala Grand Chamber, 30-4-1989, caso Chapell, 28-1-2003, LA LEY 19377/2003 y 25-2-2003, caso Remen y Schmit vs. Turquía.
- Tribunal Supremo, S. 17-12-2003, rec.2141/2002, F.J 1.º, 12-7-2004, rec. 143/2003, LA LEY 1799/2004 y 18-11-2005, rec. 1619/2004, LA LEY 10365/2006.
- Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, S. 10-2-2010, rec. 948/2009, LA LEY 25501/2010.
- Tribunal Constitucional, Sentencias 3-7-1992, 7-11-1994, 31-1-1995, 6-9-1999, 10-4-2002, 4-11-2002, 20-10-2003, 17-12-2003, 19-01-2005.
- Tribunal Supremo, S. 12-5-2005, rec. 403/2004, LA LEY 12584/2005, 22-9-2003, rec. 2118/2001, LA LEY 145123/2003, 6-3-1999, rec. 3402/1997, LA LEY 3380/1999, 30-5-2003, rec. 6998/1999, LA LEY 2653/2003 y 13-12-2002, rec. 5888/1999, LA LEY 12002/2003.
- Audiencia Nacional, S. 24-3-2003 y 4-12-2003, rec. 293/2001, LA LEY 202185/2003.
- Audiencia Provincial de Girona, S. 22-5-2000, rec. 29/1998, LA LEY 105292/2000.
- Audiencia Provincial de Barcelona, S. 3-7-2001, rec. 151/2001, LA LEY 6973/2001.
- Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, S. 17-5-2001, rec. 6224/1996, LA LEY 8224/2001.
- Audiencia Nacional, S. 11-10-2006, rec. 1014/2003, LA LEY 111176/2006, 15-4-2004, rec. 359/2001, LA LEY 88236/2004, 20-7-2006, rec. 1016/2003, LA LEY 80154/2006, 11-5-2006 y 18-5-2006, rec. 876/2003, LA LEY 50177/2006.
- Tribunal Supremo, Sentencias 26-11-2003 (RJ 2003, 9491), rec. 733/2002, LA LEY 508/2004, 13-12-2002, rec. 5888/1999, LA LEY 12002/2003, 12-4-2002, rec. 409/2000, LA LEY 5919/2002, 17-4-2001, rec. 1364/1999, Id Cendoj: 28079120012001103861, 4-4-1999, rec. 1309/1998, LA LEY 3899/1999, 26-6-1998, rec. 1635/1997, LA LEY 7853/1998, 23-1-1998, rec. 129/1997, LA LEY 1108/1998, 2-6-1995, rec. 1640/1993 y LA LEY 14557/1995. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, S. 20-2-2003, rec. 7/2003, LA LEY 35816/2003.
- Tribunal Constitucional, S. 50/1995 de 23-2-1995, rec. 709/1991, LA LEY 13050/1995.
- Tribunal Supremo, A. de 6-2-2004, rec. 2893/2002, LA LEY 295180/2004.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, S. 21-9- 2006, rec. 87/2006, LA LEY 123672/2006.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, S. 30-12-2003, rec. 455/2003, LA LEY 220156/2003.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, S. 25-3-2004, rec. 71/2004, LA LEY 74349/2004.

Tribunal Supremo, S. 22-3-2004, rec. 1876/2002, LA LEY 12317/2004.

Tribunal Constitucional, S. 66/1985 de 23-5-1985, rec. 872/1984, LA LEY 10024-JF/0000

Tribunal Supremo, S. 28-1-2002, rec. 1231/2000, LA LEY 2974/2000 y 05-7-1993, número 14169/1993 Id Cendoj: 28079120011993106650.

Tribunal Constitucional, A. 184/1998 de 14-9-1998, rec. 2397/1997, LA LEY 9337/1998, 139/2004 de 13-9-2004, rec. 3371/2001, LA LEY 2039/2004 y 69/1999 de 26-4-1999, rec. 2824/1995, LA LEY 5707/1999.

Tribunal Supremo, S. 4-11-2002, rec. 236/2002-P/2002, LA LEY 81/2003.



LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO⁽¹⁾

PABLO ALVARGONZÁLEZ FERNÁNDEZ

Estudiante de máster en Derecho de la Unión Europea en el College of Europe (Brujas, Bélgica)

RESUMEN

La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una prerrogativa nacida en relación dialéctica con la idea del Estado de Derecho y apoyada en tres fundamentos: la protección de las funciones de los Estados, la igualdad soberana entre estos y la especial representación que de ellos realizan algunos de sus agentes. El régimen general de la institución pivota en torno a elementos normativos de carácter subjetivo (como el concepto de funcionario del Estado), objetivo (el acto oficial) y temporal (como el periodo de ejercicio del cargo). Los últimos tiempos conocen, asimismo, la emergencia de posibles supuestos de ausencia de inmunidad ajenos a dicho régimen general, como la comisión de crímenes internacionales.

Palabras clave: Inmunidad, funcionarios del Estado, jurisdicción penal, prerrogativas, jefe de Estado.

ABSTRACT

The immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, born in response to dominant doctrines about the rule of law, is based on three foundations: the protection of the basic functions of States, the principle of their sovereign equality and the special representative role of some State officials. The general regime of the institution is built up around a number of subjective, objective and temporal normative elements (e.g. the concepts of State official, official act and term of office). Currently, we also assist to the emergence of some hypotheses of absence of immunity that do not belong to that general regime, especially regarding the commission of international crimes.

Keywords: Immunity, State officials, criminal jurisdiction, prerogatives, Head of State.

Fecha de recepción: 31/08/2016

Fecha de aceptación: 02/02/2017

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL.

1. **Origen y evolución: de la «logique du Lotus» a la «logique de Nüremberg».**
2. **Delimitación conceptual y características.**
3. **Pluralidad y sistematización de fundamentos.**

III. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA INMUNIDAD.

1. **El aspecto subjetivo: titulares y beneficiarios de la inmunidad.**

(1) El presente estudio es una versión resumida del trabajo fin de Grado en Derecho de iguales autoría y título defendido el 15 de junio de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, dirigido por la Prof.^a Dra. P. Andrés Sáenz de Santa María.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

2. **El aspecto objetivo: actos protegidos por la inmunidad.**
 3. **El aspecto temporal: duración del privilegio.**
- IV. LAS POSIBLES EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD.
1. **Supuestos de ausencia de inmunidad.**
 2. **La comisión de crímenes internacionales.**
- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En aplicación de una costumbre normativa de rancio abolengo en el Derecho internacional público, los funcionarios estatales gozan de inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales penales extranjeros, con variables intensidad y extensión. Lo necesario de esta prerrogativa apenas se cuestiona, a diferencia de su aplicación a asuntos que, bien por su gravedad delictiva, por la relevancia pública de quienes aparecen implicados o por ambas circunstancias, conmocionan el sentido que toda sociedad tiene sobre la justicia.

La inmunidad a que nos referimos goza, además, de indudable actualidad. En primer lugar, debido al número de mandatarios que recientemente han debido responder ante tribunales penales extranjeros. En segundo lugar, por los trabajos que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas lleva a cabo desde 2007 con el título que hemos tomado prestado para este estudio, y que ya han servido para alcanzar relevantes conclusiones. En tercer lugar, y particularmente en nuestro país, debido a la reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, que introduce una moderna doctrina sobre la prerrogativa en cuestión.

El estudio que presentamos consta de tres capítulos: en el primero se analizan la evolución histórica, las características y los fundamentos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en el segundo se aborda su régimen general y, finalmente, el tercer capítulo sirve para analizar las posibles excepciones al mismo.

Creemos que, como afirmó J. W. von Goethe, «toda teoría es gris y solo es verde el árbol de doradas frutas que es la vida». Por ello, nuestro más importante instrumento metodológico ha sido el estudio y sistematización de la práctica internacional y de su análisis por los autores. Asimismo, pudimos celebrar una provechosa entrevista con C. Escobar Hernández, relatora especial en la Comisión de Derecho Internacional para el tema que tratamos, que nos distinguió con una extraordinaria amabilidad.

Diremos por último que nuestro propósito es ofrecer una imagen fiel de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional. Ello no nos impedirá, sin embargo, detener nuestra atención en algunos aspectos de la práctica española allí donde resulten útiles para la exposición general.





II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTUAL

Este primer capítulo se consagra a la exposición de algunas cuestiones cuyo contenido se proyecta sobre la totalidad del objeto de nuestro estudio. Examinaremos, en primer lugar, la emergencia y desenvolvimiento histórico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Hecho esto, podremos perfilar sus características como instituto jurídico y, finalmente, ocuparnos de la crítica y sistematización de sus fundamentos.

1. Origen y evolución: de la «logique du Lotus» a la «logique de Nüremberg»

La intangibilidad del poder es, según toda evidencia, una constante histórica, articulada de formas muy diversas y envuelta en ideologías de toda clase. Sin embargo, la moderna inmunidad de los funcionarios no tiene sentido antes de que el Antiguo Régimen comenzara a resquebrajarse a raíz de la Revolución Francesa: como se sabe, esta trajo consigo las doctrinas del imperio de la ley y de la igualdad de todos ante ella. No arrumbó, empero, el eterno problema de articular instrumentos para garantizar la seguridad jurídica de las personalidades más elevadas, que tuvo que abordarse en unas nuevas coordenadas ideológicas y jurídicas. Su solución fue, precisamente, el instituto de la inmunidad tal y como hoy lo conocemos. Todo lo anterior (podrían citarse, entre otras, la doctrina de la *raison d'Etat* o la derivada del adagio «*princeps legibus solutus est*») habrá de considerarse *precedente* de la inmunidad, pero no su origen o primera expresión.

No nació, pues, por ensalmo la inmunidad que estudiamos, sino como producto consuetudinario de una etapa constitucional que en buena medida se prolonga hasta nuestros días. Esto aparece especialmente claro respecto de los jefes de Estado y de gobierno, cuya inmunidad frente a la jurisdicción penal extranjera se basa en una práctica «antigua, constante, uniforme y bien consolidada»⁽²⁾, y a quienes se refieren las decisiones judiciales más antiguas que suelen citarse al tratar el tema de este trabajo. Valgan como ejemplos del principio garante de la inmunidad del jefe de Estado dos decisiones de la jurisdicción francesa: por un lado, la sentencia de la Cour d'appel de París de 23 de agosto de 1870 en que se afirma que someter a la persona de un soberano extranjero a una jurisdicción nacional «*serait évidemment violer une souveraineté étrangère et blesser en cette partie le droit des gens*» y, por otro, la sentencia de 22 de febrero de 1914 de la Cour d'appel de Argel según la que «*suivant un principe de droit international universellement admis, les souverains et chefs d'Etat [...] placés en quelque sorte au-dessus des lois de tout Etat étranger [...] ne peuvent être soumis à aucune juridiction autre que celle de leur propre nation*»⁽³⁾.

(2) CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Iustel, 2007, p. 23.

(3) Fragmentos citados en DUPUY, P.-M., «Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes», *Revue générale de droit international public*, vol. 103, 1999, pp. 289-296, p. 289.



La inmunidad de los altos funcionarios del Estado frente a la jurisdicción penal extranjera ha conocido dos etapas bien diferenciadas en su evolución histórica. Cada una de ellas ha estado presidida por criterios jurídicos distintos, que P.-M. Dupuy ha denominado *logique du Lotus* para la primera (por referencia a un célebre asunto llevado ante la Corte Permanente de Justicia Internacional⁽⁴⁾) y *logique de Nüremberg* para la segunda, pues el punto de inflexión entre ambos periodos hay que ponerlo precisamente en el procesamiento de ciertos dirigentes alemanes al terminar la Segunda Guerra Mundial⁽⁵⁾. El Estatuto de Londres, con arreglo al que se ordenaron los juicios de Núremberg, partió de un principio revolucionario: la naturaleza de los crímenes perseguidos era repugnante hasta el punto de vencer cualquier obstáculo procesal basado en la condición de altos funcionarios de los acusados. Este avance en la persecución de los crímenes de guerra y contra la Humanidad, consolidado en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda⁽⁶⁾, no puede trasladarse automáticamente a la inmunidad frente a la jurisdicción penal *extranjera* (y, por tanto, frente a tribunales nacionales), pero ha tenido una notable influencia sobre ella. Tanto es así que, sin lugar a dudas, la posibilidad de una excepción a su régimen general basada en la naturaleza de las conductas perseguidas (a las que suele hacerse referencia como «crímenes internacionales») constituye la polémica más importante en el ámbito de nuestro estudio.

La estructura y evolución de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado también ha sido objeto de estudio en el Instituto de Derecho Internacional (comenzando por un proyecto de reglamento aprobado en 1891⁽⁷⁾) y, tras haber sido abordado al hilo de numerosos expedientes normativos desde el nacimiento de las Naciones Unidas (v. gr., a propósito del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad), lo es en la CDI desde 2007 como asunto independiente. A partir de entonces, dos relatores especiales (el ruso R. Kolodkin y la española C. Escobar Hernández) han emitido un total de ocho informes durante sus respectivos mandatos, que constituyen un esfuerzo sistemático sin precedentes en la materia.

Es también relevante, por último, que el Derecho interno de algunos Estados se haya ocupado de la inmunidad de los funcionarios, sintetizando con fuerza legal puntos capitales de la costumbre. Es el caso, como sabemos, de nuestro Reino de España por medio del título II de la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España⁽⁸⁾.

(4) CPJI, *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, arrêt n.º 9 du 7 septembre 1927, *Recueil des arrêts*, Serie A, n.º 10, p. 4. En esta causa, la Corte Permanente afirmó que «la territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confronte aucunement avec la souveraineté territoriale» (p. 19).

(5) Vid. DUPUY, P.-M., *op. cit.*, p. 290.

(6) *Ibid.*, p. 291.

(7) IDI, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers*, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XI, 1889-1892, pp. 426-438.

(8) Texto original publicado en *BOE*, n.º 258 de 28 de octubre de 2015, pp. 101.299-101.320.



2. Delimitación conceptual y características

Nuestro estudio necesita, para seguir avanzando, una definición instrumental de inmunidad. Tomaremos para conseguirla, de entre las muchas propuestas, algunas líneas de una obra de referencia en nuestro país, según la que «el concepto de “inmunidad” puede expresarse en los términos de una relación jurídica. La “inmunidad” es un derecho que tiene alguien (persona o Estado beneficiario) frente a otro (autoridad o Estado) que “no puede” ejercer su poder. La inmunidad significa la falta de poder, o la necesidad de no ejercerlo o suspenderlo, en determinados casos»⁽⁹⁾.

La categoría que acaba de dibujarse se suele dividir en dos según la eficacia pretendida, hablándose entonces de inmunidad de jurisdicción o de ejecución. Como se desprende de sus denominaciones, la primera impide el sometimiento de sus beneficiarios a juicio, mientras que la segunda evita la aplicación de las decisiones ya tomadas por la autoridad, sea judicial o administrativa. La inmunidad objeto de nuestro estudio es claramente de jurisdicción (hasta el punto de que el término se ha incorporado a su nombre usual), pues su principal efecto es privar a los órganos judiciales internos de la posibilidad de encausar, en ciertas situaciones, a los funcionarios del Estado.

Suele afirmarse que la inmunidad es una institución de naturaleza procesal *per se*. No elimina la sujeción de sus beneficiarios al ordenamiento jurídico del Estado cuya jurisdicción la tenga como obstáculo para la procedibilidad, y solo así se explica que existan inmunidades temporales o que quepa la renuncia a la inmunidad *después* de cometerse la conducta ilícita. Si nos encontrásemos ante Derecho sustantivo, la comisión de una conducta criminal gozando de inmunidad sería un comportamiento no típico, con lo que cualquier condena posterior, aun mediando renuncia, quebraría el principio de legalidad penal.

Podemos ahora trazar sendas líneas entre la inmunidad y dos instituciones con las que a veces se la ha confundido. La primera de ellas es la inviolabilidad, que, con recurso a palabras de nuestro Tribunal Constitucional perfectamente extrapolables desde su campo, es «un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica»⁽¹⁰⁾.

La segunda distinción es la de la inmunidad frente a la doctrina de los actos de Estado. Esta constituye una elaboración de las jurisprudencias británica y norteamericana que se ha aplicado en casos de ausencia de inmunidad, sin poder equipararse a esta por tres razones: en primer lugar, constituye una práctica de aplicación no obligatoria frente al carácter imperativo de la inmunidad, en segundo lugar es una excepción de carácter sustantivo y, en tercer lugar, solo opera respecto de actos oficiales, mientras que la inmunidad puede invocarse también respecto de actos privados de sus beneficiarios⁽¹¹⁾.

(9) CASANOVAS Y LA ROSA, O., «La inmunidad del Estado», en DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho internacional público* (18.ª edición), Madrid, Tecnos, 2013 (reimpresión de 2015), pp. 324-343, p. 324.

(10) TC, sentencia 243/1988, de 19 de diciembre (RTC 1988, 243), fundamento jurídico 3, reproduciendo la jurisprudencia de las sentencias del mismo Tribunal 36/1981, de 12 de noviembre y 80/1985, de 4 de julio.

(11) Tomamos los tres argumentos para la distinción de CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, pp. 41-44.



Los apuntes históricos con que iniciamos este capítulo, unidos a la delimitación conceptual que acaba de exponerse, nos permiten determinar las características generales de la institución que sirve de objeto a nuestro estudio. Esta es, *a*) una inmunidad *de jurisdicción* (y no de ejecución); además, *b*) los tribunales frente a los que se invoca deben ser *penales* (y no pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales); *c*) dichos tribunales deben pertenecer a una jurisdicción *extranjera* (y no internacional ni del Estado propio), y *d*) solo beneficia a los *funcionarios del Estado*.

Queda por hacer una precisión: como se sabe, algunos agentes estatales gozan de un régimen convencional propio que abarca las condiciones de su inmunidad y, por tanto, no necesitan invocar el régimen del que nos ocupamos⁽¹²⁾.

3. Pluralidad y sistematización de fundamentos

Más arriba hemos tratado de *explicar* la existencia de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Sin embargo, nada hemos dicho sobre sus posibles fundamentos, entendidos como razones que puedan *justificar* tamaño privilegio. Una argumentación jurídica basada en la función que debe cumplir la inmunidad servirá también para arrojar luz sobre los problemas abiertos y decantarse por caminos aplicativos concretos.

Jurisprudencia y doctrina han propuesto, a lo largo de los dos últimos siglos, un notable número de potenciales fundamentos de nuestra inmunidad. Casi todos ellos son: *a*) que el libre y correcto desempeño de las funciones oficiales de sus beneficiarios requiere que estos queden al margen de persecuciones penales interesadas o de su amenaza para el futuro; *b*) los principios de igualdad soberana de los Estados y de respeto de la soberanía estatal, cuyo corolario se significa con la máxima «*par in parem non habet imperium*»; *c*) la protección de la buena marcha de las relaciones diplomáticas; *d*) el *ius repraesentationis omnimodae* de los jefes de Estado y de gobierno y del ministro de relaciones exteriores; *e*) la cortesía internacional; *f*) la teoría de la extraterritorialidad, según la cual el jefe de Estado permanecería jurídicamente presente en el territorio de su nación con independencia de su presencia física en otro, y *g*) la superior dignidad o categoría personal de los beneficiarios de la inmunidad⁽¹³⁾.

Inmediatamente apreciamos que algunas de estas razones han perdido toda vigencia: nos referimos a la doctrina de la extraterritorialidad, la negación del carácter normativo de la institución y la consideración hacia supuestas categorías de individuos

(12) Podemos citar, entre otros, los regímenes de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes de 2004.

(13) Hemos elaborado la enumeración a partir de varios trabajos doctrinales: AKANDE, D., SHAH, S., «Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011, pp. 815-852, pp. 820-825; CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, pp. 44-56; CASANOVAS Y LA ROSA, O., *op. cit.*, pp. 326-327, y DOMINICÉ, C., «Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat», *Revue générale de droit international public*, vol. 103, 1999, pp. 297-308.



LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS...

con superior dignidad. Los restantes componentes de la lista pueden agruparse en torno a tres fundamentos, que son los únicos que tomaremos en consideración a partir de aquí. En primer lugar tenemos, sin lugar a dudas, un fundamento *funcional* de la inmunidad, pues tal privilegio sería inimaginable si no protegiera de alguna forma la normalidad institucional del Estado. Esta justificación tiene el mérito de ser material y no ideológica: se trata de evitar que un instrumento tan poderoso como la jurisdicción penal se convierta en una amenaza para los órganos más importantes de los países, al igual que se concede algún grado de inmunidad parlamentaria en numerosos sistemas constitucionales (como el español, según el artículo 71 de la Constitución de 1978) para garantizar no la tranquilidad de los diputados, sino el correcto funcionamiento de las cámaras a las que pertenecen.

En segundo lugar situaremos el fundamento de la *igualdad soberana entre Estados*, cuya consecuencia a efectos de inmunidad se expresa con el adagio que citábamos. Este argumento tiene tanto de ideológico como de material, pues desde ninguna de las dos perspectivas puede permitirse que unos Estados se conviertan en jueces de los actos de otros.

En tercer lugar, creemos imprescindible recoger como fundamento válido, pese a su menor popularidad respecto de los anteriores, el de la *representación* del Estado. No extiende su ámbito subjetivo más allá de los jefes de Estado y de gobierno y el ministro de relaciones exteriores pero, como tendremos ocasión de ver, tal vez en ello radique su principal virtud. En todo caso, se trata de una circunstancia que objetivamente cualifica a determinados funcionarios de cara a ofrecerles una protección diferenciada.

III. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA INMUNIDAD

La aproximación conceptual que acaba de exponerse nos permitirá ahora desgranar los elementos normativos que integran el régimen general de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Veremos separadamente sus aspectos subjetivo, objetivo y temporal, con detención en las principales cuestiones que plantea cada uno.

1. El aspecto subjetivo: titulares y beneficiarios de la inmunidad

Siendo la inmunidad, como se ha señalado, un derecho, debe plantearse en primer lugar la cuestión de su titularidad. Resulta incontrovertido que esta corresponde al Estado, y no a los concretos funcionarios en cuyo favor se invoca: se trata de un derecho inherente a la soberanía y a la subjetividad estatal plena en Derecho internacional, y no de un privilegio en manos de personas determinadas. La CIJ lo ha afirmado claramente en su célebre asunto *Mandat d'arrêt*⁽¹⁴⁾ y ha sido constatado de forma equivalente por las

(14) CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, § 21.



jurisdicciones nacionales⁽¹⁵⁾. En consecuencia, el Estado es el único legitimado para renunciar a la inmunidad de sus funcionarios, esto es, para disponer sobre ella⁽¹⁶⁾. Tal poder alcanza incluso a su invocación, según se afirma habitualmente⁽¹⁷⁾.

Salta a la vista que el Estado titular de la inmunidad resulta, a su vez, beneficiado por ella. Sin embargo, el beneficio que reporta al Estado la inmunidad de sus funcionarios podrá reputarse *político* o *material*, pero no jurídico, ya que no es contra el Estado que se quiere emprender acciones penales en el extranjero, sino contra otros sujetos de Derecho. En la inmunidad *del Estado* se confunden titular y beneficiario, pero no en la de los funcionarios. Estos han de ser en nuestro estudio los únicos beneficiarios de la inmunidad, pues solo ellos aprecian los efectos de esta en su esfera jurídica.

La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado protege en alguna extensión a todos estos agentes públicos, sea cual sea su posición jerárquica en la estructura estatal. Se trata, a decir del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de «una norma bien asentada de Derecho internacional consuetudinario que data de los siglos XVIII y XIX y ha sido vuelta a expresar muchas veces desde entonces»⁽¹⁸⁾.

La definición de funcionario, sin embargo, no resulta tan clara como la amplísima cláusula general en que se inserta. Pocas veces se ha intentado obtenerla, ya que los estudios sobre nuestra inmunidad suelen versar sobre su aplicación a tipos de representantes estatales concretos, o bien a clases concretas del privilegio.

Afortunadamente, los recientes trabajos de la CDI nos proporcionan dos aproximaciones adaptadas al ámbito de nuestro estudio. La primera se hizo por el relator especial R. Kolodkin, y su conclusión fue recomendar la transposición del segundo párrafo del artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Según su tenor, «se entenderá que órgano [i.e. funcionario, a nuestros efectos] incluye toda persona [...] que tenga esa condición según el Derecho interno del Estado»⁽¹⁹⁾.

Creemos que esta remisión al Derecho nacional debe descartarse de entrada, pues haría imposible la aplicación uniforme de la institución que nos ocupa. Esto resulta inadmisibles, al oponerse sus fundamentos a un régimen jurídico dependiente de otros ordenamientos: piénsese en el sin número de estatutos que el Derecho administrativo

(15) *Cfr.*, por ejemplo, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, *Bashe Abdi Yousuf, et al., v. Mohamed Ali Samantar*, Statement of Interest of the United States of America, 14 de febrero de 2011, § 13, citado en CDI, Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/646 (24 de mayo de 2011) (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), § 15.

(16) Véase, entre otros, CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, A/CN.4/596 (31 de marzo de 2008), §§ 246-269.

(17) *Vid.*, por ejemplo, CDI, Tercer informe... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, §§ 15 y 33.

(18) TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić* (Case No.: IT-95-14-A), *judgement of 29 July 2004*.

(19) CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), A/56/10 y A/56/10/Corr.1 (2001 y 21 de octubre de 2001, respectivamente).



LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS...

comparado ofrece para los empleados del Estado e, incluso, en los variados términos con que se los designa (*représentant de l'Etat, State official, etc.*).

Más afortunada es, a nuestro juicio, la segunda aproximación, llevada a cabo por C. Escobar Hernández a partir de un análisis exhaustivo de la práctica judicial nacional e internacional, de la práctica convencional (con estudio individualizado de más de diez tratados) y de los trabajos anteriores de la CDI, incluyendo los Principios de Núremberg, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y el citado Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Como resultado, la Relatora Especial construye una definición *de lege lata* del funcionario del Estado a los efectos de nuestra inmunidad: se entiende por ello «cualquier [...] persona que actúe por cuenta y en nombre del Estado, representándolo o ejerciendo atribuciones del poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado»⁽²⁰⁾.

Esta verbalización del concepto de funcionario tiene, a nuestro juicio, tres virtudes principales. En primer lugar, la concreción de los poderes jurídicos que debe reunir una persona para ser considerada funcionario, a saber, que *represente* al Estado o ejerza atribuciones de *poder público*. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la desvinculación de la condición de beneficiario de la inmunidad y determinada posición jerárquico-institucional, lo que encerraría una desafortunada remisión al Derecho interno. En tercer lugar, no toma en cuenta el contenido del acto u omisión realizados y contra cuyo enjuiciamiento criminal se invoca su inmunidad, lo que constituye un doble acierto lógico: por una parte se distingue con claridad entre los aspectos subjetivo y objetivo de la institución y, por otro, se hace patente que el funcionario lo es antes de tomar parte en ningún acto concreto.

En otro orden de cosas, resulta pacífico que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no beneficia siempre de la misma forma: no es dable invocarla en iguales términos para todos los funcionarios ni un funcionario tiene por qué beneficiarse de su protección en condiciones equivalentes sin consideración del paso del tiempo. Una distinción particular entre dos tipos de inmunidad ha hecho fortuna y, hoy por hoy, se admite por toda la práctica nacional e internacional y por la doctrina, afirmándose en ocasiones que constituye el mejor presupuesto metodológico para el estudio del tema⁽²¹⁾ e, incluso, que da lugar a dos institutos jurídicos diferenciados⁽²²⁾. Según dicha distinción, existe por un lado la inmunidad *ratione personae*, personal o absoluta, de la que gozan respecto de todos los actos de la vida los más altos representantes del Estado durante el tiempo de su permanencia en el cargo y, por otro, la inmunidad *ratione materiae*, funcional u orgánica, de la que gozan respecto de los actos realizados a título oficial todos los funcionarios del Estado durante el tiempo

(20) CDI, Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/673 (2 de junio de 2014) (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), § 144.

(21) Véase, entre otros, CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 88.

(22) Entrevista con la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, celebrada el 19 de abril de 2016.



de su permanencia en el cargo y aún después, lo que incluye a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* una vez han cesado en sus funciones.

Se aprecia que los dos tipos de inmunidad pueden distinguirse con referencia a uno solo de sus aspectos subjetivo, objetivo y temporal, así como que hace falta referirse a los tres para definir por completo cualquiera de aquellos tipos: ¿cuáles son, entonces, los criterios que enmarcan en este epígrafe el estudio de la distinción? Por una parte la inmunidad, como institución jurídica, tiene sentido para proteger a sus beneficiarios jurídicos y políticos (elemento subjetivo), y no para garantizar la impunidad de conductas ilícitas (elemento objetivo) ni para asegurarla durante ciertos lapsos de tiempo (elemento temporal). Por otra parte, esta ubicación sistemática nos prepara para abordar el debate más importante sobre el aspecto subjetivo de nuestra inmunidad, que es la determinación de qué concretos funcionarios deben beneficiarse de su modalidad *ratione personae* mientras permanecen en sus cargos.

Hasta el momento se han planteado tres tesis sobre el alcance subjetivo de la inmunidad personal. Según la primera, corresponde solo a los jefes de Estado y de gobierno. Según la segunda, debe extenderse también a los ministros de asuntos exteriores, conformando lo que se ha llamado «troika» de beneficiarios. En virtud de la tercera tesis, la inmunidad *ratione personae* debería poder invocarse no solo respecto de los anteriores funcionarios, sino también de otras «personalidades de rango elevado» dentro de la estructura del Estado.

Nadie discute que la inmunidad *ratione personae* beneficia, en primer lugar, a los jefes de Estado y de gobierno (primeros ministros, cancilleres, *premiers*, etc.)⁽²³⁾. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia consideró, en su asunto *Mandat d'arrêt*, que «*il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales* [el destacado es nuestro]»⁽²⁴⁾. Los dos relatores especiales nombrados en los actuales trabajos de la CDI han asumido esta doctrina, lo que despeja toda duda sobre su vigencia⁽²⁵⁾.

El razonamiento se torna más difícil cuando se sugiere la existencia de más beneficiarios. Alguna jurisprudencia ha concedido inmunidad personal, al menos, a otros dos ministros (en concreto, a uno de defensa israelí⁽²⁶⁾ y a otro chino de comercio⁽²⁷⁾), si

(23) Véanse, entre otros, CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, § 170 y *Mandat d'arrêt...*, cit., § 51 y, en la doctrina, AKANDE, D., SHAH, S., *op. cit.*, p. 820.

(24) CIJ, *Mandat d'arrêt...*, cit., § 51.

(25) Véanse CDI, Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/601 (29 de mayo de 2008) (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), §§ 109-116 y Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/661 (4 de abril de 2013) (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), §§ 56-59.

(26) District Court (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, Sentencia de 12 de febrero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 3, 2004, p. 773, citada en CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, cit., § 135.

(27) Bow Street Magistrates' Court, *Re Bo Xilai, judgement of 8 November 2005*, *International Law Reports*, vol. 128, pp. 713-715, p. 714.



LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS...

bien, según se ha notado, ambos pronunciamientos se basaron en la analogía de algunas de sus funciones con las de los ministros de asuntos exteriores⁽²⁸⁾. En cuanto a los trabajos de la CDI, mientras que el relator especial R. Kolodkin consideró probada la existencia de beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* más allá de la troika⁽²⁹⁾, con posterioridad la relatora especial C. Escobar Hernández se ha pronunciado por la tesis que al principio pusimos en segundo lugar⁽³⁰⁾.

La dificultad para extraer una respuesta de los materiales jurídicos existentes nos mueve a razonar la cuestión desde los fundamentos de la inmunidad ya estudiados. Nos parece entonces más razonable limitar el círculo de beneficiarios de la inmunidad personal a los jefes de Estado y de gobierno y a los ministros de asuntos exteriores, pues solo en ellos se da la condición de plenos representantes del Estado en las relaciones internacionales; concurren entonces los tres fundamentos de nuestra inmunidad y, por tanto, se justifica una protección reforzada. No obviaremos tampoco que el principio de interpretación restrictiva de los privilegios jurídicos se ve mejor satisfecho por este camino.

2. El aspecto objetivo: actos protegidos por la inmunidad

De nuevo, el avance de nuestra exposición descansa sobre lo que antecede: a partir de la distinción entre inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae*, concretaremos qué actos cometidos por los funcionarios del Estado quedan al abrigo de la acción penal.

Sobre el aspecto objetivo de la inmunidad *ratione personae* existe un principio que parecía escrito en piedra hasta tiempos recientes, según el cual los jefes de Estado y de gobierno y los ministros de asuntos exteriores no pueden ser perseguidos penalmente por ninguno de sus actos. La jurisprudencia apoya decididamente esta regla general, y a la tan citada sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Mandat d'arrêt* se suman otros pronunciamientos destacables. Por ejemplo, según la Cour de cassation de Francia en el asunto *Kadhafi*, «*la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent [...] faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger*»⁽³¹⁾. Puede añadirse que algunas normas de Derecho interno, como la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre y la *State Immunity Act* del Reino Unido de 1978 se hacen eco de la misma regla consuetudinaria.

Decíamos que el alcance objetivo de la inmunidad personal parecía escrito en piedra *hasta tiempos recientes*. Efectivamente, el nuevo paradigma jurídico que trajo la llamada *logique de Nüremberg*, inserto en procesos más amplios de evolución del Derecho inter-

(28) CDI, Informe preliminar... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, § 120.

(29) Véase CDI, Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/631 (10 de junio de 2010) (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), § 35, en aclaración de lo afirmado en Informe preliminar... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, §§ 117-121.

(30) CDI, Segundo informe... (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), *cit.*, §§ 60-67.

(31) Cour de cassation, *Affaire Kadhafi, arrêt n.º 1.414 du 13 mars 2001*, *Revue générale de droit international public*, vol. CV, 2, 2001, p. 474.



nacional público, ha provocado que las bases del privilegio que estudiamos comiencen a ser cuestionadas. El espectáculo judicial del caso *Pinochet* dio un nuevo empuje a las críticas, y hoy puede afirmarse que una parte notable de la doctrina se pronuncia a favor de excluir los procesos por «crímenes internacionales» del ámbito de la inmunidad. Aquí se encuentra, como dijimos, la mayor polémica del tema, que abordaremos más adelante.

La extensión objetiva de la inmunidad *ratione materiae* resulta considerablemente menor que la de su modalidad personal. Como quedó apuntado más arriba, solo están protegidos por ella los «actos realizados a título oficial» por sus beneficiarios⁽³²⁾. Doctrina y jurisprudencia también se han referido, para designar la misma realidad, a «actos oficiales», «actos realizados en calidad de representante del Estado», «actos de función», «actos de gobierno» y «actos de Estado»⁽³³⁾.

Con independencia de la variedad terminológica, debemos dedicar algún espacio a delimitar un concepto de «acto realizado a título oficial», pues se trata de un elemento normativo capital para comprender la extensión de la inmunidad *ratione materiae* (incluso en relación con sus posibles excepciones) sobre el que la práctica no ha llegado a una solución uniforme. Una enumeración de las definiciones utilizadas hasta el momento podría ser la siguiente: *a*) serán actos privados aquellos que se realizan en el ámbito de la actividad personal o privada del funcionario y, además, orientados a su beneficio personal⁽³⁴⁾; *b*) se considerará acto oficial a aquel que se realiza en interés del Estado, mientras que será privado aquel que se realiza en interés personal⁽³⁵⁾; *c*) los actos oficiales se reducirán a los realizados amparándose públicamente en la autoridad del Estado⁽³⁶⁾; *d*) serán actos oficiales solo los «actos de función», entendidos aquí como los que generalmente se consideren propios del empleo público correspondiente⁽³⁷⁾, y *e*) un acto será oficial solo si es atribuible al Estado en cuestión, independientemente de que se le exijan requisitos adicionales⁽³⁸⁾.

(32) *Cfr.*, entre otros, CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 154 respecto de la generalidad de los funcionarios del Estado y CARNERERO CASTILLA, R. *op. cit.*, pp. 136-139 respecto de los antiguos jefes de Estado.

(33) Según se da cuenta en CDI, Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/686 (29 de mayo de 2015) (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), § 28.

(34) Véase House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others, Ex Parte Pinochet (on appeal from Divisional Court of the Queen's Bench Division)* y *Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others, Ex Parte Pinochet (on appeal from Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, sentencia de 24 de marzo de 1999, reproducida en *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, 3, 1999, pp. 581-663, p. 638.

(35) Véanse CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 158 y CARNERERO CASTILLA, R. *op. cit.*, p. 144.

(36) Véanse WATTS, A., «The Legal Position in International Law of Heads of State, of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye*, vol. 247, III, 1994, pp. 9-136, p. 56 y CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 157 y Segundo informe... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, § 94.

(37) *Cfr.* CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, pp. 145-147.

(38) Véanse *Ibid.*, p. 149 y CDI, Segundo informe... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, § 94.



LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS...

Al igual que sucedía respecto del concepto de funcionario del Estado, la CDI ha aportado luz al debate, especialmente con el cuarto informe de la relatora especial C. Escobar Hernández. En él, y tras un exhaustivo estudio de la jurisprudencia interna e internacional disponible, la práctica convencional y los trabajos anteriores de la propia CDI, queda articulada la siguiente definición: «se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de prerrogativas de poder público que, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal»⁽³⁹⁾. Se trata, a nuestro juicio, del intento más perfecto hasta la fecha de delimitar objetivamente la inmunidad *ratione materiae*, y ello por varias razones: en primer lugar es una definición compleja, que busca la esencia del acto oficial en más de un elemento (imputación al Estado y ejercicio de prerrogativas de poder público). En segundo lugar, deja fuera la querencia subjetiva del funcionario, que, tomada aisladamente, podría llevar a soluciones contradictorias para hechos sustancialmente iguales. Por último, su remisión al ejercicio de prerrogativas públicas (esto es, al elemento objetivo del ilícito) va a la esencia de la cuestión y no a reflejos de esta o aspectos laterales, como la publicidad con que se ejercen dichas prerrogativas.

3. El aspecto temporal: duración del privilegio

La breve exposición que queremos realizar bajo este título depende también de la distinción entre las modalidades personal y material de la inmunidad. Si bien, como hemos observado, resulta polémico que el alcance objetivo de la primera sea absoluto, nadie duda de su limitación en el ámbito temporal. Se vincula estrictamente al tiempo de ejercicio de la función estatal que corresponda, con lo que, durante ese lapso, el beneficiario (a la sazón jefe de Estado, de gobierno o ministro de asuntos exteriores) no puede ser procesado por la comisión de ningún ilícito. Aparecen, en consecuencia, dos supuestos protegidos: de un lado, el acto criminal se podría producir antes de accederse al cargo y la persecución criminal intentarse durante su ejercicio; de otro, el acto criminal se podría producir y la persecución penal intentarse durante el mandato del jefe de Estado, de gobierno o ministro de asuntos exteriores.

Esta estricta delimitación temporal ha sido, por supuesto, puesta en práctica por la jurisprudencia y reconocida doctrinalmente como costumbre internacional⁽⁴⁰⁾. También es coherente con el hecho de que, una vez cesados en el cargo, la representación que los beneficiarios de la inmunidad personal ostentan respecto de su Estado decae, perdiéndose así el fundamento de su especial protección.

Constatamos la existencia de un principio general bien establecido también en lo que respecta al aspecto temporal de la inmunidad *ratione materiae*. Según este,

(39) CDI, Cuarto informe... (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), *cit.*, § 127.

(40) Véanse, por ejemplo, CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, p. 123 respecto de los jefes de Estado, y CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 90, Informe preliminar... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.* § 79 y Segundo informe... (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), *cit.*, § 75, respecto de todos los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

los funcionarios del Estado gozan de inmunidad por los actos oficiales realizados durante el ejercicio de su cargo desde el momento de realizarlos e indefinidamente, con independencia de su continuidad o no en aquel cargo. Si bien algún autor se ha manifestado en contrario⁽⁴¹⁾, la jurisprudencia y la opinión casi unánime de la doctrina le desmienten⁽⁴²⁾.

Puesto que los actos susceptibles de inmunidad *ratione materiae* tienen que haber sido cometidos en el ejercicio de una función pública, aparecen de nuevo dos supuestos protegidos. En primer lugar, cuando el hecho criminal se comete tras acceder al cargo y la persecución penal se intenta antes de haber cesado y, en segundo lugar, cuando dicha persecución comienza tras el cese.

Al hilo de este último supuesto debemos, sin embargo, reiterar una precisión, y es que la inmunidad *ratione materiae* protege también a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* una vez han cesado en sus cargos y respecto de los actos realizados a título oficial en ellos. La norma se halla consolidada en la práctica, como han subrayado el Instituto de Derecho Internacional⁽⁴³⁾ y, por supuesto, la CDI⁽⁴⁴⁾.

IV. LAS POSIBLES EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD

Este capítulo tiene por objeto algunos fenómenos que pretenden, por diferentes vías, excluir el juego de la inmunidad. En primer lugar, nos referiremos brevemente al conjunto y propondremos su sistematización, para dirigir después nuestra atención a la comisión de crímenes internacionales.

1. Supuestos de ausencia de inmunidad

Las causas de todas las situaciones en que no es dable aplicar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera a los funcionarios del Estado, y que podemos denominar genéricamente «supuestos de ausencia de inmunidad», se reconducen a dos categorías, a saber, límites y excepciones. La distinción se aprecia con claridad transponiendo aquella otra entre límites internos y externos de los derechos subjetivos, reivindicada sobre todo por el Derecho constitucional. Sería, así, límite interno (o, en la disyuntiva original, límite *tout court*) toda restricción de la inmunidad que pertenezca a sus propios elementos norma-

(41) V. gr. PESANTES GARCÍA, A., *Las relaciones internacionales*, Quito, CYMA, 1969, p. 137, citado en CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, p. 130.

(42) *Cfr.*, por ejemplo, CDI, Cuarto informe... (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), *cit.*, § 128.

(43) IDI, Résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international adoptée en 2001 par l'Institut de droit international à sa session de Vancouver, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69, 2000-2001, pp. 742-755, p. 743.

(44) *Cfr.*, entre otros, CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, §§ 171-173 y Cuarto informe... (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), *cit.*, § 131.





LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS...

tivos y que, como afirma C. Escobar, delimite el régimen general de la institución⁽⁴⁵⁾. Por otra parte, sería límite externo (o excepción) la reducción de alguno de los ámbitos de la inmunidad por su interacción con otras instituciones jurídicas.

Hasta este punto hemos expuesto el régimen general de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios (conceptos de funcionario del Estado y de acto oficial, debate sobre la troika, etc.). Para quedar completo, nuestro estudio jurídico necesita algún espacio dedicado a las excepciones a la inmunidad; llegamos así a tres tipos de supuestos cuya naturaleza no se ha entendido de forma unánime por la práctica internacional.

El primero de ellos es la renuncia a la inmunidad por su titular, que es, como sabemos, el Estado. Teóricamente aquella puede ser, de un lado, previa o posterior al inicio de la persecución penal del funcionario y, de otro, expresa o tácita. La renuncia previa (que podría realizarse, por ejemplo, con la firma de un tratado) no existe en la práctica en su versión expresa más allá de los estatutos de algunos tribunales penales internacionales que, en todo caso, no se refieren a la institución que estudiamos aquí. La posibilidad de renuncia previa e implícita, aceptada por algunos autores⁽⁴⁶⁾, se ha descartado por la generalidad de los tribunales, incluyendo a la CIJ⁽⁴⁷⁾ y a la Supreme Court de los Estados Unidos⁽⁴⁸⁾; por el contrario, se acepta ampliamente la renuncia posterior al comienzo de la persecución penal, ya sea expresa o tácita⁽⁴⁹⁾. Debe aquí decirse, empero, que el legislador español ha tomado un camino distinto al proscribir, en el apartado 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, toda forma de renuncia tácita.

En todo caso, puede afirmarse que la renuncia a la inmunidad forma parte de su régimen general y se hace posible por la naturaleza de la propia institución, lo que la sitúa en el campo de los límites.

El segundo supuesto es tanto más complejo en su formulación como más simple resulta su tratamiento jurídico. Nos referimos a la comisión de crímenes por parte de un funcionario en un Estado extranjero que no había dado su consentimiento para la realización de la actividad conducente al ilícito penal ni para la presencia del funcionario en su territorio. Estos supuestos, que suelen ser de espionaje, secuestro o sabotaje, parecen haber dado lugar a una práctica lo suficientemente sólida para determinar que no se hallan cubiertos por la inmunidad, al menos en su forma *ratione materiae*. Los recientes trabajos de la CDI son especialmente claros al respecto⁽⁵⁰⁾.

(45) Entrevista, *cit.*

(46) *Cfr.* CARNERERO CASTILLA, R. *op. cit.*, p. 188 respecto de los jefes de Estado.

(47) CIJ, *Mandat d'arrêt ...*, *cit.*, § 59.

(48) United States Supreme Court, *Argentine Republic v. Amerada Hess*, judgement of 23 January 1989, *International Law Reports*, vol. 81, 1994, pp. 658-669, p. 668.

(49) *Vid.* CDI, Tercer informe... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, §§ 32-55 y 61.

(50) CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 163, Segundo informe... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, §§ 82-86 y 90, e Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 63.º periodo de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), A/66/10 (2011), § 137.



Se aprecia que aquí nos encontramos ante una excepción a la inmunidad, ya que esta queda excluida no en atención a sus rasgos internos, sino a la soberanía del Estado en cuyo territorio se cometen los crímenes.

En tercer lugar, y como hemos señalado anteriormente, existe un debate abierto sobre la consideración de ciertos «crímenes internacionales» como excepción a la inmunidad objeto de nuestro estudio; dedicaremos las siguientes páginas a esclarecerlo en la medida de lo posible.

2. La comisión de crímenes internacionales

El concepto de «crimen internacional» se ha utilizado para caracterizar conductas de los Estados y de individuos. Resulta claro que, cuando jurisprudencia y doctrina afirman o discuten una posible excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, se refieren a crímenes cometidos por personas físicas⁽⁵¹⁾. Sin embargo, no es usual encontrar definiciones, siquiera instrumentales, de lo que sean los crímenes internacionales en el contexto de nuestro tema, ni un gran esfuerzo para establecer una lista de infracciones sobre las que pese la duda de la excepción.

Por lo pronto hay que señalar que aludimos siempre a infracciones tipificadas por el Derecho penal interno de los países que pretenden ejercer su jurisdicción sobre funcionarios de otros Estados. A esta primera condición ha de sumarse otra para que el crimen en cuestión reciba el apelativo de «internacional», y es que se trate de conductas especialmente graves para la sociedad internacional en su conjunto. Se trata, pues, de determinar si dichas conductas se encuentran excluidas del ámbito objetivo de la inmunidad y, por tanto, pueden ser enjuiciadas conforme al ordenamiento nacional correspondiente.

La doctrina se inclina claramente a favor del reconocimiento de la excepción por crímenes internacionales⁽⁵²⁾. El Instituto de Derecho Internacional, en resoluciones de 2001 y 2009 sobre la materia, adoptó también una posición favorable⁽⁵³⁾. Sin embargo, el consenso es en parte apariencia, pues encuentra discrepancias por lo menos en dos aspectos. En primer lugar, se plantea si podrá procesarse a los beneficiarios de toda inmunidad que hayan cometido crímenes internacionales o si, por el contrario, solo será posible respecto de quienes gocen de inmunidad *ratione materiae*. En segundo lugar,

(51) Respecto de los Estados, recuérdese la definición del artículo 19 de la primera parte del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, aprobada en primera lectura por la CDI en su 32.º periodo de sesiones, recogida en CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32.º periodo de sesiones (5 de mayo-25 de julio de 1980), A/35/10 (1980), § 34, p. 31.

(52) Véanse, entre otros, CASSESE, A., «Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux ? À propos de l'affaire *Congo c. Belgique* (CIJ)», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, 2002, pp. 479-500, p. 489, DOMINICÉ, C., *op. cit.*, pp. 305-306 y ZAPPALÀ, S., «Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation», *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, pp. 595-612, pp. 601-602.

(53) IDI, Résolution relative... *cit.*, p. 753 y Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, 2009, pp. 229-231, p. 230.

no está claro que la excepción que analizamos constituya una costumbre internacional en vigor, una tendencia en el desarrollo progresivo del Derecho internacional público o mera propuesta *de lege ferenda*.

En todo caso, el debate doctrinal ha servido para que se postulen diversas fundamentaciones potenciales de la excepción. Según una primera de ellas, y tomando las contundentes palabras del voto particular del juez A. S. Al-Khasawneh a la sentencia del asunto *Mandat d'arrêt*, «*la lutte effective contre les crimes graves revêt désormais le caractère de jus cogens [...]. En conséquence, lorsque cette norme hiérarchiquement plus élevée entre en conflit avec les règles régissant l'immunité, elle devrait prévaloir*»⁽⁵⁴⁾. Esta tesis encuentra cierto favor en la doctrina⁽⁵⁵⁾ pero, al tiempo, presenta defectos que la hacen inconveniente. Se ha señalado, por ejemplo, que ni todas las normas prohibitivas de crímenes internacionales tienen rango de *ius cogens* ni, en todo caso, la obligación de perseguir la comisión de aquellos por las jurisdicciones estatales constituye una obligación de tal naturaleza⁽⁵⁶⁾. Por otra parte, el asunto *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ha servido a la CIJ para establecer, en referencia a un alegado conflicto entre normas de *ius cogens* e inmunidad, que «*Une règle de jus cogens est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de jus cogens, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de jus cogens qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application*»⁽⁵⁷⁾.

Un segundo intento de fundamentar la exclusión de los crímenes internacionales del régimen general de la inmunidad se basa en la supuesta oposición entre este y los principios de la llamada jurisdicción universal. Esta tesis, empero, presenta también algún quiebro lógico que ha suscitado las dudas de la doctrina⁽⁵⁸⁾. Como señala C. Escobar, la jurisdicción (sea esta «universal» o se justifique por otros principios) es el *prius* lógico para que actúe la inmunidad, de forma que una y otra no se contradicen. En realidad, la inmunidad juega en un momento posterior al de la fijación de la competencia judicial del Estado y, por tanto, no pueden utilizarse para descartarla las normas atributivas de tal competencia⁽⁵⁹⁾.

En tercer lugar, se ha afirmado que los crímenes internacionales nunca constituirían actos realizados a título oficial, pues ningún Estado puede tener como función el cometerlos. Saldríamos así del campo de las excepciones para entrar en el de los límites de la inmunidad, ya que, por definición, los crímenes internacionales serían asimilados a actos privados del funcionario correspondiente. Resultaría poco sincero negar que esta

(54) CIJ, *Mandat d'arrêt ...*, cit., *opinion dissidente du juge Al-Khasawneh*, § 7.

(55) Por ejemplo CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, pp. 163-170.

(56) ZAPPALÀ, S., *op. cit.*, pp. 833-834.

(57) CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, *arrêt*, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, § 95.

(58) Véanse, v. gr., CARA, J.-Y., «L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords», *Annuaire français de droit international*, vol. 45, 1999, pp. 72-100, p. 99 y ZAPPALÀ, S., *op. cit.*, p. 836.

(59) Entrevista, *cit.*

tesis ha hecho fortuna y recabado el apoyo de un relevante sector doctrinal⁽⁶⁰⁾, como lo parece ocultar la sorpresa que ello nos causa. Primero, porque el carácter oficial o no de un acto no depende de que sea o no ilegal, pues lo contrario supondría afirmar que las infracciones jurídicas de los Estados son, en realidad, actos privados o, a lo sumo, oficiosos de sus funcionarios. Segundo, porque resulta muy difícil cortar toda relación entre los llamados crímenes internacionales y el ejercicio de prerrogativas de poder público (piénsese, por ejemplo, en la tortura). Por último, entender que los más graves crímenes de relevancia internacional no pueden cometerse en el ámbito oficial podría poner en entredicho la atribución de tales crímenes al Estado a efectos de su responsabilidad, dejando en pie tan solo la del funcionario⁽⁶¹⁾.

En su voto particular a la tan citada sentencia *Mandat d'arrêt*, la juez *ad hoc* C. Van den Wyngaert argumentaba que «*toute l'évolution récente du droit international pénal moderne [...] tend à instituer une obligation individuelle de rendre compte des crimes internationaux les plus graves*»⁽⁶²⁾. Este es, en el momento actual, el mejor fundamento para excluir la comisión de crímenes internacionales del ámbito de la inmunidad, y ha sido tenido en cuenta en las explicaciones más convincentes de dicha excepción⁽⁶³⁾. A mayor abundamiento, la relatora especial C. Escobar afirma que la inmunidad, al bloquear la jurisdicción, produce a veces una limitación inadmisibles de la tutela judicial efectiva que el Derecho internacional garantiza a las víctimas⁽⁶⁴⁾.

Frente a la posición mayoritariamente favorable de la doctrina destaca la frialdad de la práctica internacional. Podría aducirse que el Tribunal Supremo israelí excluyó la inmunidad en el asunto *Eichmann*, y que la Cámara de los Lores hizo lo mismo al ocuparse del asunto *Pinochet*. Inmediatamente hay que notar, sin embargo, que en la primera decisión lo rechazado no fue propiamente la inmunidad, sino la doctrina de los actos de Estado (por mucho que ambas instituciones hayan querido equipararse en este concreto supuesto)⁽⁶⁵⁾, y que la segunda tomó más en consideración la Convención de 1984 contra la Tortura que una supuesta costumbre internacional⁽⁶⁶⁾.

En este punto, la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre constituye una innovadora excepción. Según su artículo 23, «Una vez finalizado su mandato, los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores continuarán disfrutando de inmunidad penal únicamente en relación con los actos realizados durante

(60) Sirvan para acreditarlo las referencias en CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 191.

(61) Estas razones se exponen con mayor detalle en CDI, Cuarto informe... (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), *cit.*, § 121-126.

(62) CIJ, *Mandat d'arrêt ...*, *cit.*, *opinion dissidente de la juge ad hoc Van den Wyngaert*, § 27.

(63) Por ejemplo en DUPUY, P.-M., *op. cit.*, p. 292-293.

(64) Entrevista, *cit.*

(65) CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 184, en relación con Supreme Court of Israel, *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, judgement of 29 May 1962*, *International Law Reports*, vol. 36, 1994, pp. 277-342.

(66) CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 185.



LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS...

su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, con el alcance que determina el Derecho Internacional. En todo caso, quedarán excluidos de la inmunidad los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad». Este precepto, destacable tanto como reconocimiento de la excepción a que venimos refiriéndonos como por su exactitud, tampoco determina un *numerus clausus* de crímenes, y ello por la referencia que contiene al Derecho internacional. Tal apertura, unida a la consagración de un número mínimo de infracciones *inmunes a la inmunidad*, nos permite afirmar que el legislador español ha realizado una contribución significativa a la doctrina jurídica contemporánea sobre las prerrogativas del Estado.

A pesar de ello, resulta obligado concluir que ni el Derecho legislado ni la jurisprudencia han consagrado una costumbre internacional favorable a la exclusión de los crímenes internacionales del ámbito de la inmunidad. Si hemos hecho referencia a la Ley española, debemos al tiempo reconocer que otros ordenamientos, como el británico, el belga y el australiano, han eludido el establecimiento de la excepción, al menos en lo tocante a las más altas magistraturas del Estado. A su vez, en el asunto *Mandat d'arrêt* la CIJ negó «*l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité*»⁽⁶⁷⁾. La Cour de cassation francesa, en su *arrêt* en el caso *Kadhafi*, llegó a la misma conclusión respecto de los jefes de Estado⁽⁶⁸⁾, e igualmente su homóloga belga poco después respecto del primer ministro de Israel⁽⁶⁹⁾. Finalmente, podríamos traer a colación los casos de los ministros chino de comercio e israelí de defensa citados *supra*.

Se objetará que la práctica anterior, aun siendo contundente, solo se refiere a la inmunidad *ratione personae*. No obstante, encontramos ejemplos similares para la inmunidad material, siendo notable la reciente negativa del *procureur de la République* del Tribunal de grande instance de París a ejercer la acusación pública por torturas contra un antiguo secretario de defensa norteamericano, al entender que este gozaba de inmunidad *ratione materiae*⁽⁷⁰⁾. La ausencia de decisiones en sentido contrario tampoco resulta irrelevante.

A las contribuciones expuestas a la controversia que estudiamos hay que sumar las de la CDI, especialmente desde que incluyó el tema en su actual programa de trabajo.

(67) CIJ, *Mandat d'arrêt* ..., *cit.*, § 58.

(68) Cour de cassation, *Affaire Kadhafi, arrêt n.º 1.414 du 13 mars 2001*, *International Law Reports*, vol. 125, 2004, p. 509.

(69) Cour de cassation, *H.S.A. et consorts c. S.A. et consorts, décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, Amos Yaron et consorts, n.º P.02.1139.f, 12 février 2003*, *International Legal Materials*, vol. XLII, 3, 2003, pp. 600-601, citada en CDI, Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, *cit.*, § 121.

(70) Reseña periodística en *Le Figaro* de 23 de noviembre de 2007, disponible en <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2007/11/23/01011-20071123FILWWW00478-rumsfeld-beneficie-d-une-immunite-france.php>, consultado el 4 de abril de 2017. La carta enviada por el *procureur* J.-C. MARIN al abogado de las asociaciones de defensa de los derechos humanos que interesaban la acusación ha sido publicada por la Federación Internacional de Derechos Humanos, estando disponible en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf>, consultado el 4 de abril de 2017.



En primer lugar, el relator especial R. Kolodkin presentó una rotunda conclusión al respecto de las excepciones a la inmunidad. Afirmó que «los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no son suficientemente convincentes. Estos argumentos continúan siendo objeto de debate en la doctrina. La práctica de los Estados está lejos de ser uniforme en ese sentido», y que «es difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional, así como tampoco se puede afirmar de manera definitiva que existe una tendencia al establecimiento de esa norma»⁽⁷¹⁾.

La relatora especial C. Escobar ha abordado en su quinto informe para la CDI, publicado con ocasión de su 68.º periodo de sesiones, las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. De entrada, y a diferencia de R. Kolodkin, afirma que la variada práctica internacional existente permite plantearse casos en que, debido a la naturaleza de los crímenes cometidos, no resulta aplicable el régimen general de la inmunidad. Esto sucedería, no obstante, tan solo respecto de su modalidad *ratione materiae*, manteniendo la inmunidad personal una extensión plena⁽⁷²⁾.

Ya se ha dicho que, a nuestro juicio, la comisión de crímenes internacionales no puede considerarse incorporada a la costumbre como excepción a la inmunidad. Sin embargo, es difícil no añadir, con la Relatora Especial, que existe en la actualidad una clara tendencia hacia la consideración de dicha excepción, lo que nos sitúa en el terreno del desarrollo progresivo del Derecho internacional. El grupo de miembros de la CDI que no aceptarían siquiera esta propuesta parece demasiado pequeño para impedir su consolidación⁽⁷³⁾; al mismo tiempo —añadimos nosotros—, la tesis mayoritaria en la doctrina y que, como vimos, comienza a permear la práctica internacional no debe sencillamente ignorarse.

Decíamos también que pocas veces se había ensayado la formulación de una lista de crímenes que, en el momento actual, sean de probable no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*. Para la relatora especial C. Escobar, dicha lista es posible y debería incluir, en primer lugar, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad: se trata, como es sabido, de tres de los tipos mencionados en el artículo 5.º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En segundo lugar, podría plantearse la inclusión de crímenes de carácter económico (como los actos de corrupción)⁽⁷⁴⁾, sobre los que existe una jurisprudencia relativamente abundante en causas civiles y criminales⁽⁷⁵⁾. El proyecto de artículo recogido en el quinto informe de la Relatora Especial hace exclusión también de la tortura, las desapariciones forzadas y «los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando

(71) CDI, Segundo informe... (preparado por el relator especial R. KOLODKIN), *cit.*, § 90.

(72) Entrevista, *cit.*

(73) *Id.*

(74) *Id.*

(75) Al respecto puede verse HENZELIN, M., «L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ?», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2, 2002, pp. 179-212.



LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS...

los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes»⁽⁷⁶⁾.

Se apreciará que la nómina anterior incluye tanto límites como excepciones a la inmunidad: mientras los crímenes del Estatuto de Roma serían excepciones derivadas de la protección de los derechos humanos fundamentales, los delitos económicos deberían considerarse límites, ya que su exclusión del ámbito de la inmunidad *ratione materiae* viene dada por el concepto de acto realizado a título oficial. No obstante, que en este sentido la enumeración propuesta sea mixta solo parece relevante a efectos sistemáticos. Afirmamos, de nuevo con la relatora especial, que en la práctica lo que importa es formular un conjunto de supuestos de ausencia de inmunidad para eludir el debate casuístico que se produce, por ejemplo, respecto de la noción de acto oficial o de los límites del *ius cogens*⁽⁷⁷⁾.

Por lo demás, creemos que C. Escobar ha captado el estado de cosas de forma más precisa que su predecesor, y ello sin el exceso de entusiasmo en que, a nuestro juicio, incurren algunos autores al proclamar la existencia de excepciones a la inmunidad que no se han puesto en práctica en la medida suficiente.

V. CONCLUSIONES

I. Al igual que otras prerrogativas de su misma familia, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado adquirió su significado actual unida a la Revolución Francesa y al concepto de Estado de Derecho. Su tratamiento por la práctica ha conocido desde entonces dos etapas, separadas por la admisión en la segunda de que la gravedad de ciertos crímenes puede hacer irrelevante la inmunidad de quienes los hayan cometido.

II. La inmunidad a que nos referimos es una institución procesal cuya fuente se encuentra en una costumbre internacional consolidada. Se distingue así de otros institutos jurídicos, como la inviolabilidad soberana o la doctrina de los actos de Estado.

III. Doctrina y jurisprudencia han propuesto gran variedad de fundamentos para la inmunidad de los funcionarios del Estado. De todos ellos, solo la justifican la necesidad de proteger el normal funcionamiento de las instituciones estatales, el principio de igualdad soberana entre Estados («*par in parem non habet imperium*») y la alta representación que de estos realizan el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de asuntos exteriores.

IV. El único titular de la inmunidad que estudiamos es el Estado; recíprocamente, solo sus funcionarios son beneficiarios de ella en sentido jurídico. Reviste gran importancia contar con una definición de funcionario del Estado, que a nuestro juicio debe darse sin remisión a categorías de Derecho interno.

(76) CDI, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/701 (14 de junio de 2016) (preparado por la relatora especial C. ESCOBAR HERNÁNDEZ), § 248.

(77) Entrevista, *cit.*



V. Un análisis del aspecto subjetivo de la inmunidad no puede desconocer la disyuntiva entre sus modalidades *ratione personae* y *ratione materiae*. Si bien existe polémica al respecto, nos parece que la práctica y los fundamentos de la institución justifican el reconocimiento de la primera únicamente a la llamada troika, compuesta por el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de asuntos exteriores de cada país.

VI. Es pacífico que la inmunidad *ratione personae* beneficia a los miembros de la troika respecto de todos los actos de la vida y durante el tiempo de su permanencia en el cargo, mientras que la inmunidad *ratione materiae* se reconoce a favor de todos los funcionarios del Estado durante el periodo de ejercicio de su cargo y aún después (lo que incluye a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* una vez han cesado en sus funciones), pero solo respecto de los actos realizados a título oficial. Este último concepto, por el contrario, ha resultado confuso. Tras el análisis de los criterios que se han empleado hasta el momento para distinguir los actos oficiales de los actos privados de los funcionarios, hemos determinado que la definición ofrecida por la relatora especial C. Escobar ofrece la mejor apariencia de acierto.

VII. La práctica internacional se ha referido a la renuncia a la inmunidad, a su inaplicabilidad tras la ejecución de actos delictivos por un funcionario extranjero cuya presencia o actividades no se consentían por el Estado del foro y a la comisión de crímenes internacionales como «excepciones» a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. De los tres supuestos, solo el segundo merece de entrada tal calificativo; por su parte, la renuncia pertenece a los límites de la inmunidad determinados por su régimen general, y la comisión de crímenes de especial relevancia internacional constituye un supuesto complejo que, además, ha llevado a un enconado debate doctrinal.

VIII. Pese al enfoque expansivo que muchos autores aplican a la cuestión, no es posible afirmar la existencia de una costumbre que enerve la inmunidad para el enjuiciamiento de los llamados crímenes internacionales. Sin embargo, claramente se deja sentir una tendencia doctrinal y jurisprudencial favorable al establecimiento de la excepción respecto de la inmunidad *ratione materiae*, lo que nos transporta al campo del desarrollo progresivo del Derecho internacional público.

IX. Creemos que se cuenta con fundamentos sólidos para justificar dicha excepción, partiendo de las obligaciones asumidas por los Estados para la persecución de crímenes internacionales, su correlato en la esfera jurídica de los individuos que los cometen y el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva. Precisamente en estos términos, parece recomendable también contar con alguna relación de crímenes especialmente graves para la sociedad internacional que sirva de marco objetivo a la excepción. La promulgación en nuestro país de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre parece, entonces, un avance esperanzador.



DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA ⁽¹⁾

PATRICIA GARCÍA MAJADO
Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. UNA MIRADA AL PASADO PARA COMPRENDER EL PRESENTE.
 - 1. **La experiencia histórica del ejecutivo-legislador.**
 - 2. **La recepción constitucional contemporánea del decreto-ley.**
- III. LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD EN CIFRAS. IV. LA RELAJACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRESUPUESTO HABILITANTE.
 - 1. **Sobre la extraordinaria necesidad.** 2. **Sobre la urgencia.**
- V. LA EVASIÓN DEL PARLAMENTARISMO O LA BAJA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que hoy resulta indiscutible la potestad legislativa del Parlamento (art.66 CE), ello no es óbice para que el Gobierno intervenga en la misma, bien por delegación de las Cortes (art. 82 y ss. CE) o bien en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad (art.86 CE). Ésta última posibilidad surge con el afán de ofrecer una respuesta ágil a ciertas necesidades sociales imprevisibles e inminentes que las Cortes Generales, por la propia demora del procedimiento legislativo, son incapaces de otorgar. No obstante, siendo garantía necesaria para el propio Estado Social que el Ejecutivo pueda intervenir legislativamente, con cierta agilidad, en circunstancias excepcionales, la historia democrática de nuestro país demuestra que aquél ha venido recurriendo a la legislación de urgencia con peligrosa asiduidad, cuando la previsibilidad o poca premura de las situaciones no reclamaba, ni autorizaba, su intervención.

(1) Este texto es una versión abreviada del Trabajo Fin de Máster, presentado en el Máster de Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo en Junio de 2015, que llevaba por título «Del uso al abuso: el decreto-ley en materia social en la X Legislatura».





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Así las cosas, ese monopolio legislativo de las Cortes que tan asumido parece en tiempos de democracia constitucional, resulta, en no pocas ocasiones, amenazado y además, abiertamente cuestionado por los altos volúmenes de legislación de urgencia que presenta el ordenamiento jurídico español. El hecho de que en pleno Estado democrático de Derecho el Ejecutivo pueda seguir arrogándose facultades legislativas que no le corresponden en detrimento del Parlamento, invita a reflexionar sobre las causas que han desencadenado este fenómeno y, en especial, sobre las consecuencias que ello tiene para la calidad de la democracia. Estos motivos, unidos a la indudable actualidad que la problemática presenta, obligan a estudiar con detenimiento la cuestión de que estas páginas se ocupan. Y ello no sólo en términos de crítica académica, sin duda necesaria, sino de debate práctico, pues las consecuencias que esta distorsión del sistema de fuentes alberga para el sistema democrático contemporáneo presenta un profundo calado político y social que desborda el ámbito puramente doctrinal.

Para ello, comenzará analizándose cómo a lo largo de la historia el Gobierno, so pretexto de la concurrencia de diferentes situaciones excepcionales o de emergencia nacional, acabó tomando un partido excesivo en la función legislativa. Y ello para constatar cómo los abusos y riesgos de los siglos pasados advirtieron al constitucionalismo moderno y contemporáneo de la necesidad de rodear a la potestad legislativa gubernamental de ciertas garantías, estudiándose, en concreto, la recepción constitucional que el decreto-ley tuvo en el ordenamiento jurídico español que es, precisamente, ejemplo de esa tensión entre reconocimiento y restricción.

A continuación, tratarán de estudiarse el número de los decretos-leyes que desde 1979 han resultado aprobados, para analizar hasta qué punto las restricciones que el art.86 CE ha impuesto a la potestad normativa gubernamental, al menos en términos cuantitativos, han resultado efectivas. Siendo una de las garantías fundamentales la supeditación de la legislación de urgencia a la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, el trabajo continúa analizando la interpretación jurisprudencial del presupuesto habilitante. Por último, se analiza cuáles son, en la práctica, las razones que han llevado al Ejecutivo a recurrir con tanta frecuencia a este cauce normativo y las implicaciones que esto tiene para la calidad del sistema democrático.

II. UNA MIRADA AL PASADO PARA COMPRENDER EL PRESENTE

1. La experiencia histórica del ejecutivo-legislador

La tendencia de los Ejecutivos de arrogarse funciones legislativas es una cuestión que, si bien reviste indudable actualidad, goza de una nutrida trayectoria en el ámbito del Derecho Público. La legislación de urgencia aparece históricamente vinculada a contextos de crisis y convulsión social en los que se erige como «expresión de una potestad de resolución última y más genuina»⁽²⁾. Además, el origen etimológico de ambos términos

(2) DE LA IGLESIA CHAMARRO, A: «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», *Estudios de Deusto*, Vol. 61/2, 2013, p.71. Sobre la





DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

así lo demuestra. Decreto proviene del latín «decernere-crevi-cretum», siendo «decernere» la acción de resolver un conflicto de intereses o una situación controvertida. A su vez, el verbo latino «cernere» y el griego «krinia» también están relacionados: este último significa emitir un juicio o realizar una distinción intelectual y, a partir del mismo, se forma la palabra crisis, siendo esta una situación de encrucijada.

El decreto, por tanto, se configura como un instrumento jurídico que expresa el ejercicio de poder para enfrentar situaciones que entrañan una gran complejidad social⁽³⁾. En efecto, la experiencia histórica española así lo demuestra. En nuestro país, el uso más asiduo de este instrumento normativo tuvo lugar en aquellos periodos en los que, encontrándose en país sin Constitución, los Gobiernos provisionales asumieron la facultad de legislar a través de ellos, los cuales solían ser rectificadas o convalidadas por ley una vez que la normalidad parlamentaria se reanudaba; si bien es cierto que previamente esta figura había tratado de ser constitucionalizada a través del intento fallido de reforma de Bravo Murillo en 1852. Así ocurrió, por ejemplo, con la legislación por Decreto del Gobierno provisional del General Serrano que fue ratificada por las Cortes por la ley de 19-20 de junio de 1869, bajo el imperio de la Constitución de 1869. En la misma línea, los Decretos promulgados por el Ministerio de Hacienda desde el año 1873 –en que Amadeo de Saboya renunció a la Corona– hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1876, los cuales sumaban 72, fueron elevados a rango de ley por la de 17 de julio de 1876⁽⁴⁾.

No obstante, esta experiencia relativamente fragmentada se institucionaliza durante la primera mitad del S.XX, con ocasión del Directorio presidido por Primo de Rivera, tiempos en el recurso al decreto-ley se convierte, prácticamente, en la forma habitual de legislar. En efecto, a través del Real Decreto de 15 de septiembre de 1923, se atribuyó al presidente del Directorio Militar el poder de proponer al Rey Decretos que «tendrán fuerza de Ley ínterin en su día no sean modificados por leyes aprobadas por las Cortes del reino y sometidas a la real sanción» (art.1). Esta es la primera vez que la fórmula «decreto-ley» –como producto de un tipo especial de disposiciones emanadas del Gobierno que, no obstante, poseen fuerza de ley– adquiere carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico⁽⁵⁾.

Posteriormente, el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929 (Constitución *non nata* de Primo de Rivera) establecía en su art.64 la posibilidad de

evolución histórica de esta figura véanse, entre otros, DE LA IGLESIA CHAMARRO, A: *El Gobierno por decreto*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, p.21-124; GÓMEZ ACEBO, R: «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos-leyes», *RAP*, núm.6, 1951; SANTAMARÍA PASTOR, J.A: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 1991, p.628-633; PÉREZ ROYO, J: «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», AA.VV, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 1985, pp.97 y ss.

(3) Así lo explica DE LA IGLESIA CHAMARRO, A, *op. cit.*, 1997, pp.24-27.

(4) TUR AUSINA, R: *El control parlamentario de los decretos-leyes*, Madrid, CEPC, 2002, pp.29-31 y ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I: «Comentario al artículo 86. Decretos-leyes» en ALZAGA VILLAMIL, O (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo VII, Madrid, Edersa, 1985, p.142.

(5) GÓMEZ ACEBO, R, *op.cit.* pp.88-89.



que las Cortes concediesen «autorizaciones extraordinarias» al Ejecutivo para dictar disposiciones con fuerza de ley por razones de seguridad pública, o en casos de grave crisis nacional. Sin embargo, habrá que esperar a la Constitución republicana de 1931 para ver efectivamente constitucionalizada la posibilidad de que el Gobierno participe de las funciones legislativas. El art.80 de la misma recogía que:

«Cuando no se halle reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por Decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República. Los decretos así dictados tendrán solo carácter provisional, y su vigencia estará limitada el tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia»⁽⁶⁾.

La propia dicción del precepto evidencia el limitado interés que los constituyentes republicanos tenían en la sanción constitucional de esta figura, incluyéndola con timidez y precaución en la Constitución, temerosos de las tendencias autocráticas que su uso poco racionalizado podía conllevar⁽⁷⁾. En efecto, estas reticencias fueron puestas especialmente de manifiesto por la minoría progresista y propiciaron que la fórmula final que se recogió en el texto del año 1931, combinase las dos tesis que estaban en pugna: «necesidad agobiante para el Gobierno, respeto al Parlamento»⁽⁸⁾.

Sin embargo, todas las cautelas que habían tratado de introducirse en la Constitución de 1931 para controlar la potestad normativa del Gobierno, se ven anuladas con la subida del general Francisco Franco al poder⁽⁹⁾. Durante el periodo dictatorial, residiendo la potestad de dictar normas jurídicas en el Jefe del Estado, el decreto-ley se convirtió en el procedimiento legislativo habitual, al carecer su uso de los impedimentos y controles propios de cualquier régimen autoritario. La ley de 30 de enero de 1938 disponía que «las disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno, y a propuesta del Ministro del ramo, adoptarán la forma de Leyes cuando afecten a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país, y Decretos en los demás casos» (art.17). En este sentido, se mantiene la distinción entre leyes y decretos pero solo a efectos de su contenido material.

Más tarde, la ley de 8 de agosto de 1939, en su art.7, establecía que cuando las disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado «adopten la forma de Leyes o de De-

(6) Los preceptos de este artículo proceden de los arts. 78 y 79 del proyecto parlamentario, inspirados a su vez en el voto particular de Huici (arts. 14 y 14), PÉREZ SERRANO, N: *La Constitución Española. Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp.263-264.

(7) SANTOLAYA MACHETTI, P: *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Madrid, Tecnos, 1988, p.40 y ALCALÁ-ZAMORA, N: *Los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid, Imprenta de R. Espinosa, 1936, p.133

(8) PÉREZ SERRANO, N, op.cit. p. 264

(9) De hecho, este ascenso fue regulado por el Decreto 138/1936, de 29 de septiembre, por el que se nombra jefe del Gobierno del Estado español al Excmo. Sr. General de división don Francisco Franco Bahamonde, quien asumirá todos los poderes del nuevo Estado. Igualmente, la Junta de Defensa Nacional fue constituida por el Decreto de 24 de julio de 1936.



DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

cretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones», introduciendo la urgencia para justificar la falta de deliberación en el Consejo de Ministros pero sin establecer diferencias entre ambas normas al emanar las dos del Jefe del Estado. Posteriormente, la ley constitutiva de las Cortes, de 17 de julio 1942, viene a crearlas, aunque sigue reconociéndose la suprema potestad la Jefatura del Estado de dictar normas jurídicas de carácter general. El art.13 previó que «en caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular, mediante Decreto-Ley, las materias enunciadas en los artículos diez y doce [materias competencia de las Cortes]. Acto continuo de la promulgación del Decreto-Ley se dará cuenta del mismo a las Cortes para su estudio y elevación a Ley con las propuestas de modificación que, en su caso, se estimen necesarias», suprimiéndose este último inciso por la ley de reforma de 9 de marzo de 1946, siendo suficiente la comunicación a las Cortes de la promulgación.

Más tarde, la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero, le dio al art.13 de la ley de las Cortes la redacción definitiva, disponiendo que «por razones de urgencia, el Gobierno podrá proponer al Jefe del Estado la sanción de decretos-leyes para regular materias enunciadas en los Artículos 10 y 12 [las que eran objeto de regulación por las Cortes]. La urgencia será apreciada por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que se refiere el Artículo anterior [Comisión de las Cortes], la cual podrá llamar la atención de la Comisión Permanente si advirtiera materia de contrafuero. Acto continuo de la promulgación de un decreto-ley se dará cuenta de él a las Cortes». De esta forma, se vino a establecer la posibilidad de que el Gobierno, en casos urgentes, pudiera legislar a través de una figura particular, el decreto-ley. Sin embargo, la apreciación arbitraria de la situación de urgencia, la práctica ausencia de limitaciones materiales y de controles parlamentarios, unido a la existencia de un régimen autoritario que hacía imposible la disociación real entre Gobierno y Cortes, propició que el uso de este instrumento fuese absolutamente desahogado, produciéndose 841 normas en un lapso de 34 años (1943-1977)⁽¹⁰⁾.

Aun así, esta profusión normativa no es exclusiva de la época dictatorial, pues la transición española (noviembre de 1975-diciembre de 1978) también se caracteriza por una gran producción de decretos-leyes, rondando los 100 aproximadamente. Esta cifra se explica, entre otras cosas, porque el cambio de régimen político exigía llevar a cabo muchas reformas jurídicas que resultaban prácticamente imposibles de efectuar si se hubiera seguido el procedimiento legislativo ordinario a través de unas Cortes propias del Antiguo Régimen que no se disolverían hasta la convocatoria de elecciones para junio de 1977⁽¹¹⁾.

Así pues, bajo la fórmula jurídica del decreto-ley, a lo largo de la historia se han producido cantidad de disposiciones normativas que, so pretexto de la urgencia, hicieron posible que el Ejecutivo interviniese más de lo razonable y necesario en el

(10) SANTOLAYA MACHETTI, P, op.cit. p.40.

(11) *Ibidem*, pp. 33-34.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

ejercicio de la función legislativa. La consecuencia inevitable del uso de esta figura, unas veces absolutamente arbitrario y otras, puramente desmedido, fue la posibilidad de que el Gobierno tomase, sin ningún tipo de control y garantía, un partido excesivo en la elaboración de unas leyes que, originariamente, se habían concedido como límites a su actuación. En este sentido, se evidenció que la falta de regulación de potestades normativas del Gobierno –tal vez por temor a que fueran vistas como concesiones graciosas a los Ejecutivos– no garantizaba que este no las ejerciera, sino que, muy al contrario, las facilitaba. La carencia de cobertura jurídica situaba al Ejecutivo en una especie de limbo en el que no existían fundamentos que avalasen su actuación, pero tampoco responsabilidades cuando ello acontecía. Asimismo, aun cuando el uso de esta figura aparecía regulado, los Gobiernos poseían cierta inercia a rebasar los límites establecidos, devaluándose así la propia existencia del marco normativo propuesto. En consecuencia, la correcta y estricta articulación de los parámetros y presupuestos bajo los cuales cabría recurrir a esta figura, y su estricta fiscalización, devenía en la advertencia más sólida que toda esta trayectoria jurídico-política enviaba a los constituyentes de 1978.

2. La recepción constitucional contemporánea del decreto-ley

La configuración que el decreto-ley había tenido en España durante los siglos XIX y XX, especialmente en la dictadura franquista, fue muy poco democrática. La relajación *de facto* del presupuesto habilitante y la inexistencia *de iure* de un mecanismo de ratificación parlamentaria, habían legitimado en la etapa preconstitucional el uso del decreto-ley como una competencia legislativa alternativa puesta en manos del Gobierno⁽¹²⁾. Así pues, la elaboración de la Constitución de 1978 se presentaba como el momento idóneo para reconducir a este instrumento a las coordenadas propias de un sistema democrático.

No obstante, en ningún momento los constituyentes dudaron de la conveniencia o legitimidad de inclusión de los decretos-leyes en la Carta Magna. Si bien la regulación de los mismos atravesó diferentes redacciones, lo cierto es que el contenido material del precepto apenas experimentó cambios sustanciales, erigiéndose de hecho en uno de los artículos menos debatidos del texto constitucional⁽¹³⁾. En efecto, su proceso de elaboración fue significativamente pacífico pues existió por parte de los distintos partidos y grupos políticos con representación parlamentaria una unanimidad que ha sido calificada de «llamativa» e incluso de «sorprendente»⁽¹⁴⁾, no solo por lo difícil devino alcanzar el consenso en relación a otras cuestiones, sino por la desalentadora experiencia que el régimen franquista había dejado en esta materia⁽¹⁵⁾.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, p. 160

(13) SANTOLAYA MACHETTI, P, op.cit. p.43

(14) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I, op.cit. p.143.

(15) En este sentido lo expresa SALAS, J: *Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1979, pp.17-18.





DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

Este consenso, por un lado, era reflejo de una tendencia general de los sistemas parlamentarios modernos de otorgar mayor capacidad normativa al Gobierno, lo cual, además de en la incorporación constitucional de la legislación de urgencia que ahora nos ocupa, también que se observa en el reconocimiento de la iniciativa legislativa del Gobierno y de la delegación legislativa. Pero, por otro lado, resultaba de una cierta concepción de que la misma era inevitable, pues la progresiva complejidad económica y social exigía, en ocasiones, rapidez en la toma de ciertas decisiones, especialmente en el marco de un Estado Social, las cuales no podían ofrecerse siempre a través de los medios habituales de producción legislativa⁽¹⁶⁾. En ciertos casos, el esquema clásico de atribuciones normativas debía ceder en favor de la eficacia, precisamente para que las necesidades sociales urgentes pudieran encontrar cobertura jurídica⁽¹⁷⁾. La intención era tratar de evitar, entre otras cosas, que «un exceso de purismo ahogase en sus propias debilidades»⁽¹⁸⁾ al Parlamento y a su instrumento más característico, la ley. En efecto, algunos autores llegaron a considerar que si no hubiera sido previsto en la Constitución un instrumento de legislación de urgencia, habría que inventarlo rápidamente⁽¹⁹⁾.

Ahora bien, al mismo tiempo que la eficacia reclamaba la existencia de esta figura jurídica, la experiencia histórica demostraba la necesidad de disciplinar un uso restrictivo la misma, sujetándola a determinadas garantías para evitar que, en la práctica, el Gobierno acabase sustituyendo al Parlamento a la hora de legislar y que, con ello, se menoscabase el Estado democrático de Derecho que la propia Constitución sancionaba. Por tanto, la preocupación constituyente no radicó en la inclusión o la exclusión de esta figura, que se presentaba inevitable –entre otras cosas porque su falta de constitucionalización no iba a suponer un freno a su uso, sino la posibilidad de una producción *extra ordinem* incontrolable y espuria– sino en la articulación de las garantías precisas para que la utilización de este cauce normativo encontrase acomodo dentro de un Estado democrático de Derecho.

En este contexto, en el Anteproyecto constitucional⁽²⁰⁾ ya se advertía el recelo de los constituyentes hacia esta figura jurídica, pues su uso comenzaba a supeditarse a la concurrencia de ciertos requisitos y rodearse de garantías que pervevirán a lo largo del proceso de elaboración constitucional, aunque serán perfeccionadas y precisadas. En efecto, el art.78 del citado Anteproyecto disponía lo siguiente:

«1. En casos de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes, que regulen materias enumeradas en el artículo 72 y no afecten a la ordenación

(16) Esta doble perspectiva se toma de lo expuesto por ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I, op.cit. p.148. En el mismo sentido, DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A: «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del decreto-ley», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm.24, 2011, p.140.

(17) Sobre las distintas tesis que avalan el reconocimiento constitucional de los decretos-leyes, GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R., op.cit. p.160.

(18) GARRORENA MORALES, A: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, CEPC, 1980, p.119.

(19) MANZANELLA, A: *Il parlamento*, Bolonia, Il Mulino, 1977, p. 271.

(20) Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes (en adelante B.O.C.), núm. 44, de 5 de enero de 1978, junto con los votos particulares formulados por los ponentes.



de las instituciones del Estado, los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el título II ni al régimen de los Territorios Autónomos.

2. Estos decretos-leyes deberán ser inmediatamente presentados ante las Cortes Generales, convocadas al efecto si no estuvieran reunidas, y caducarán si no fueran convalidados por las mismas en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación.

3. Durante el plazo establecido en el párrafo anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia⁽²¹⁾».

En el posterior informe de la Ponencia⁽²²⁾, se suprime la referencia a las materias del art.72, se sustituye la expresión de «la ordenación de las instituciones del Estado» por la del «ordenamiento de las instituciones del Estado», se regulan los derechos y libertades de los ciudadanos en el Título I y se cambia «el régimen de los Territorios Autónomos» por el de «Comunidades Autónomas». Además, se introduce la referencia al «debate y votación de totalidad del Congreso de los Diputados (no de las Cortes) en el plazo de treinta días», aclarando después que el plazo es para la convalidación y eventual caducidad, estableciendo para ello un «procedimiento especial y sumario». Posteriormente, la Comisión Constitucional del Congreso⁽²³⁾ añade, en el apartado 1, el calificativo de «centrales» a «las instituciones del Estado», la mención a los «deberes» de los ciudadanos y el «Derecho electoral general»⁽²⁴⁾. Llegado el texto a la Comisión Constitucional del Senado⁽²⁵⁾, esta solo decide sustituir la expresión de «instituciones centrales del Estado» por la de «instituciones fundamentales», a pesar de las enmiendas presentadas por éste⁽²⁶⁾; y, finalmente,

(21) A este texto fueron presentadas por el Congreso de los Diputados nueve enmiendas. Dos de ellas versaban sobre los límites materiales: la n.º 2, presentada por CARRÓ MARTÍNEZ, de Alianza Popular (AP), pedía la supresión de estos, entendiéndose que la urgente necesidad debía ser controlada a posteriori; y la n.º 35, presentada por DE LA FUENTE DE LA FUENTE (AP), proponía que el decreto-ley no pudiera modificar o suprimir tributos. Otras dos, la n.º 74 de SILVA MUÑOZ (AP) y la n.º 691 de LÓPEZ RODÓ (AP), proponían respectivamente la intervención de las Diputaciones Permanentes de ambas Cámaras, que debían aprobarlo por una mayoría de dos tercios, o la del Consejo de la Corona, en este último caso para ponerle freno a la propensión al abuso de la facultad de dictar decretos leyes, según explicaba el ponente. Otras cuatro, la n.º 409 presentada por el Grupo Socialista; n.º 523, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto; n.º 697, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista y 779, presentada por la Unión de Centro Democrático, criticaban la alusión al art.72 (materias reservadas a la ley) como aquellas no susceptibles de regulación por decreto-ley. En particular, la presentada por UCD en relación al apartado 2 del precepto, proponía sustituir «caducidad» por «derogación» en caso de no convalidación, introducir la «modificación y suspensión» como alternativas a la convalidación y considerar como positivo el silencio de la Cámara ante la falta de pronunciamiento sobre la convalidación, pretensiones de las cuales el constituyente solo incorpora la primera. Por último, la enmienda n.º 9, presentada por De la Vallina Velarde (AP), solamente proponía cambios en la redacción.

(22) Publicado en el B.O.C, núm. 82, de 17 de abril de 1978.

(23) Publicado el Informe en el B.O.C, núm. 121, de 1 de julio de 1978.

(24) El Pleno del Congreso aprobó esta redacción, publicada en el B.O.C, núm.135 de 24 de julio de 1978.

(25) Publicado el Informe en el B.O.C. núm.157, de 6 de octubre. Con dicha redacción lo aprobó como art.85 el Pleno del Senado, publicado en el B.O.C., núm.161, de 13 de octubre De 1978

(26) En el Senado se formulan nueve enmiendas. Tres de ellas, se refieren a cuestiones procedimentales: la n.º 206, de GUTIÉRREZ RUBIO (Grupo Mixto), propone suprimir el apartado tercero del precepto, -igual que la n.º737, presentada por UCD- incluyendo la aclaración en el segundo de que «pronunciado el Congreso, se seguirá el procedimiento normal de todo proyecto de ley, en trámite de urgencia» y la n.º55, presentada por Progresistas y Socialistas Independientes (PSI), propone introducir la pérdida de eficacia como consecuencia de la

la Comisión Mixta Congreso-Senado⁽²⁷⁾ establece la fórmula de «instituciones básicas» con carácter definitivo. De todas las modificaciones y enmiendas introducidas⁽²⁸⁾, surge la redacción definitiva del art.86, que es la que hoy conocemos.

Como cabe advertir, todos los cambios que tuvieron lugar en el proceso de elaboración del precepto son más bien perfecciones y mejoras del mismo, no reflejo de significativas discrepancias materiales, lo que evidencia un alto grado de consenso en torno a la configuración jurídico-constitucional de esta figura. Así pues, parece que pacíficamente se asumió la facultad de legislar del Ejecutivo, que no es sino consecuencia del reconocimiento constitucional de los decretos leyes, pues, como sostiene DE OTTO, resulta contradictorio defender que quien no tiene poder legislativo pueda dictar normas con rango de ley⁽²⁹⁾. Ello demuestra que la potestad legislativa se escinde entre las Cortes, que pueden ejercerla por sí mismas o delegarla en el Gobierno, y éste, que, en virtud del art.86 CE, ostenta un poder propio⁽³⁰⁾.

Dicho precepto posee un «reflejo reactivo muy intenso»⁽³¹⁾ respecto a la situación anterior, caracterizada por una intervención del Ejecutivo en materia legislativa espuria y excesiva. Y ello por cuanto la potestad legislativa de urgencia sólo resulta ejercitable en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad y bajo la observancia de una serie de cautelas –limitaciones materiales y convalidación por el Congreso–, que son precisamente las que permiten que este instrumento no quiebre del equilibrio constitucional ni devalúe la función legislativa del Parlamento, preservándose así el Estado democrático de Derecho⁽³²⁾. Es más, dicha compatibilidad no deriva solo del régimen garantista que

no convalidación en plazo. Otras, sin embargo, sugieren precisiones en lo que respecta a los límites materiales. La n.º 509, presentada por XIRINACS I DAMIANS (Grupo Mixto) propone sustituir el «régimen de las Comunidades Autónomas» por el «régimen de los Estados de la confederación» al igual que la n.º 1108, presentada por BAJO FANLO (Senadores Vascos) que propone su sustitución por «Comunidades Nacionales y Regionales». La n.º 603, presentada por la Agrupación Independiente, propone añadir al primer apartado la «no afectación a las instituciones fundamentales del Estado»; la N.º 737, presentada por UCD, introduce, en el mismo sentido que las enmiendas de esta formación en el Congreso, la imposibilidad de los decretos-ley para establecer nuevos tributos o modificar los existentes; la n.º 1066, presentada por los Socialistas del Senado, concreta la no afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos «regulados en el capítulo uno, dos, cuatro y cinco del Título I». Por su parte, la n.º 1, presentada por RETORTILLO BASQUER (PSI), critica la explicación en el precepto de lo que es un decreto-ley (disposiciones legislativas provisionales) y, por último, la n.º 902, presentada por BALLARÍN MARCIAL (UCD) sugiere que cuando el decreto-ley verse sobre materias que según la Constitución correspondan en primer término al Senado, deba ser esta Cámara la que ejerza las atribuciones establecidas para el Congreso en otro caso.

(27) Publicado el Informe en el B.O.C. núm.170, de 28 de octubre de 1978

(28) Se recogen cronológicamente, entre otras obras, en GARRIDO FALLA, F, y otros: *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 2.º Edición, 1985, pp.1214-1243.

(29) DE OTTO, I: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987, p.212.

(30) Sobre las distintas tesis acerca de la naturaleza de los decretos-leyes como hechos consentidos, poderes jurídicos delegados o poderes propios del Gobierno, véase SANTOLAYA MACHETTI, P., op.cit. pp. 29-37.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R., op.cit. p. 134

(32) DE OTTO, I, op.cit. p.212-213; entiende que reconocer la potestad legislativa del Gobierno en casos de urgencia no supone «la claudicación de los principios del Estado democrático de Derecho ni abdicación de sus garantías básicas ante los dictados de la necesidad». Por un lado porque, como norma con rango de ley, es controlable por el Tribunal Constitucional. Por otro, porque la presencia de la misma mayoría política en las Cortes y en el Gobierno permite sostener que no es que exista una función legislativa en otra sede, sino que en esta otra sencillamente se residencia una parte o fragmento de la misma. IGUALMENTE SALAS J, op.cit. pp. 28-29

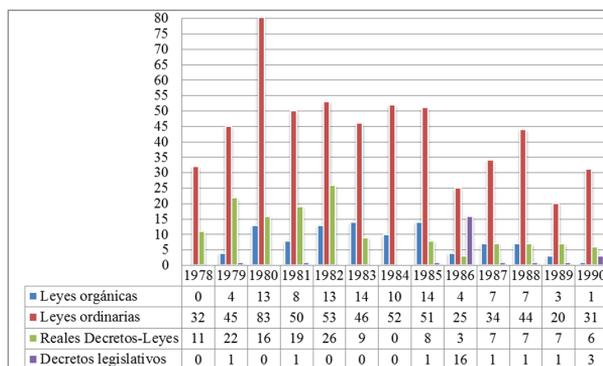
rodea al decreto-ley, sino también de la función que este está llamado a desempeñar dentro del ordenamiento constitucional: ofrecer una respuesta jurídica ágil en situaciones excepcionales de urgencia. Desde esta óptica, los decretos-leyes no deberían concebirse como enemigos de la ley formal o de la práctica parlamentaria convencional⁽³³⁾, sino como coadyuvantes de los mismos para la realización del Estado Social. Así, Gobierno y Parlamento colaboran para la consecución de fines sociales, y ello explica que, ante la imposibilidad justificada de las Cámaras de ofrecer respuestas a situaciones urgentes, El Ejecutivo «colabore» con ellas ejerciendo su potestad legislativa⁽³⁴⁾.

III. LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD EN CIFRAS

A pesar de que el art.86 CE se presentase en su momento como el justo equilibrio entre reconocimiento y restricción, como una reacción democráticamente avanzada y jurídicamente sensata, que, sin perder de vista los desencuentros del pasado trataba de abordar con un realismo cauto una situación que, además de insalvable, también se presentaba como necesaria para ofrecer cobertura jurídica a necesidades imprevisibles e inminentes, los altos niveles que, de manera crónica, viene presentado la legislación de urgencia, cuestionan abiertamente tales conquistas. Y es que las cifras revelan un panorama jurídico que, lejos de desenvolverse en el campo de la excepcionalidad, parece hacerlo en el puro y sencillo de la habitualidad, distando sensiblemente del estado de cosas deseado por los constituyentes.

Gráfico n.º 1⁽³⁵⁾.

Producción normativa 1979-1990.



considera que la atribución al Gobierno de potestades legislativas en casos excepcionales no quiebra el postulado fundamental del art.66.2 CE que la atribuye la competencia legislativa exclusiva a las Cortes, lo que únicamente sucedería si el Gobierno pudiera aprobar decretos-leyes sin intervención alguna del Parlamento

(33) La máxima expresión de esta idea se encuentra en GARRORENA MORALES, A, op.cit.119.

(34) El uso del decreto-ley desde el punto de vista de la colaboración entre Parlamento y Gobierno, se pone de manifiesto en SANTOLAYA MACHETTI, P, op.cit. p.20-21. En la misma línea se pronuncia DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A, op.cit. p.141.

(35) Datos extraídos de <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/LeyesAprob?selectLey=tituloListadoTodasLeyes> (última consulta el día 25 de mayo de 2016).

DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

Gráfico n.º 2⁽³⁶⁾.

Producción normativa 1991-2003.

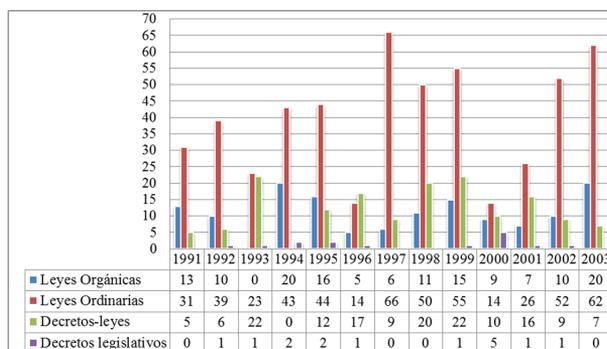
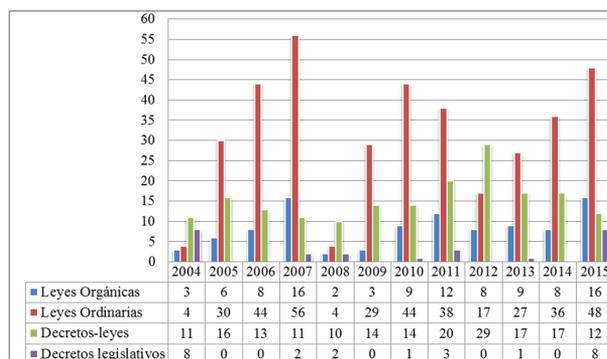


Gráfico n.º 3⁽³⁷⁾.

Producción normativa 2004-2015.



De los datos apuntados se desprende que casi un cuarto de la producción normativa estatal (22% aproximadamente) durante estos 36 años de historia constitucional, ha adoptado la forma de legislación de urgencia. Si se comparan las cifras de la etapa actual con las de la era preconstitucional, en no pocas ocasiones la prudencia que la Constitución de 1978 trató de introducir, al menos en términos cuantitativos, apenas se advierte. Por ejemplo, en 1946 se dictaron 22 decretos-leyes, en 1948, 23; en 1953, 27 o en 1959, 21⁽³⁸⁾; mientras que bajo el amparo del art.86 CE, en 1982, se dictaron 26; en 1993, 22; en 2011, 20 o en 2012, 29. Y es que, aquél deseo frustrado que Salas expresaba hace 50 años, cuando declaraba que «lo que hubiese podido ser una figura excepcional y extraordinaria se ha convertido en una de las más sólidas y frecuentes de

(36) Datos extraídos de <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/LeyesAprob?selectLey=tituloListadoTodasLeyes> (última consulta el día 25 de mayo de 2016).

(37) *Ídem*.

(38) Estos datos han sido extraídos de SALAS, J: «Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», *RAP*, núm.51, 1966, pp.42-43.



DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

la actual legislatura»⁽³⁹⁾, se mantiene actualmente, aun en un régimen jurídico-político que pocas similitudes comparte con el de entonces.

El periodo más pacífico, en lo que a aprobación de decretos-leyes se refiere, fue el comprendido entre 1985 y 1992, pues durante el mismo la producción de decretos-leyes se mantuvo de manera constante por debajo de los diez anuales. Sin embargo, tales niveles mínimos contrastan con otros ciertamente elevados. Durante 22 años, la producción normativa de urgencia se situó en 12 o más decretos-leyes anuales, esto es, en la mitad de los años correspondientes a la época constitucional contemporánea se dictó, al menos, un decreto-ley al mes. Entre los años que recogen una mayor producción normativa de urgencia se encuentran 1982 y 2012, en los que se dictaron 26 y 29 decretos-leyes respectivamente o, lo que es lo mismo, una media de 2,16 y 2,41 al mes, algo absolutamente insólito.

No obstante, si algo llama la atención del 2012 no es solamente el volumen de legislación de urgencia en términos absolutos, sino en términos relativos, pues la cifra de decretos-leyes aprobados en ese año supera a la de leyes orgánicas y ordinarias emanadas durante el mismo: 25. No obstante, no es el 2012 el único año en el que se produce semejante fenómeno. Previamente, en 1996, la producción normativa de decretos-leyes también había superado a la emanada del Parlamento –17 frente a 14 leyes ordinarias y 6 orgánicas–. Igualmente, en 2004, los 11 decretos-leyes aprobados encabezaron la producción normativa frente a un total de 7 leyes –entre ordinarias y orgánicas– aprobadas. Lo mismo sucede en 2008, donde frente a un total de 6 leyes dictadas, continúa prevaleciendo la legislación por decreto con un total anual de 10.

Especial atención merece, tanto por su actualidad como por lo sorprendente de sus cifras, la producción normativa de urgencia de la última Legislatura. Ella constituye la segunda, en 36 años de historia democrática, que mayor nivel de legislación de urgencia presenta, con 76 decretos-leyes, situándose en primer lugar la V legislatura (1996-2000) y, en tercero, la I (1979-1982), con 73 decretos-leyes. El nivel de decretos-leyes se sitúa, nada menos, que en el 29,9% de la producción normativa estatal, porcentaje que en términos reales rozaría casi el tercio de ésta (32,2%), si se restan de las 128 leyes ordinarias que han sido aprobadas las 18 que provienen de decretos-leyes que han sido tramitados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

Y es que con semejante volumen de legislación de urgencia, es preciso preguntarse si la regulación constitucional ha cumplido sus expectativas. Las cifras estudiadas parecen invitar más al escepticismo que a la celebración, cuestionando abiertamente el carácter extraordinario y urgente que teóricamente debería revestir esta figura, pues parece haber devenido mucho más habitual y cotidiana de lo que pretendía el texto constitucional.

IV. LA RELAJACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRESUPUESTO HABILITANTE

Las cifras apuntadas ponen de manifiesto que los Gobiernos de la época constitucional, independientemente de su color político, han venido haciendo un uso excesivamente

(39) *Ídem.*





DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

generoso de la legislación de urgencia. Y es que tal vez sea algo inherente a la «pasión demoníaca del poder» de la que hablaba Loewenstein la tendencia a rebasar los límites que se imponen a su ejercicio, en este caso, a recurrir a este instrumento normativo cuando no existen «circunstancias extraordinarias y urgentes» para hacerlo. No debe olvidarse que aunque la legislación de urgencia esté rodeada de ciertas garantías –límites materiales y convalidación por el Congreso– estas no entran en juego si previamente no se ha activado el presupuesto habilitante, que se erige así en el primer filtro o control sobre el uso de la legislación de urgencia⁽⁴⁰⁾. En consecuencia, es la progresiva debilidad que éste ha ido experimentando la que permite explicar, aunque no defender, los altos niveles de legislación de urgencia emanados, de ahí que resulta no sólo interesante, sino indiscutiblemente obligado su estudio.

No obstante, lo sorprendente no es tanto que los Gobiernos abusen de esta potestad normativa, sino que a quien le corresponde hacer efectivas las restricciones que impone el presupuesto habilitante, el Tribunal Constitucional, haya permitido a través de una jurisprudencia vacilante y especialmente deferente, el alcance de semejantes volúmenes de decretos-leyes. Y ello resulta especialmente alarmante pues, como sostuvo Kelsen, «el control de las ordenanzas de necesidad (equivalente al decreto-ley) resulta tanto más importante desde el momento en que en este campo cualquier violación de la Constitución significa un atentado a la frontera entre las respectivas esferas competenciales del Gobierno y del Parlamento»⁽⁴¹⁾.

1. Sobre la extraordinaria necesidad

El concepto de «extraordinaria necesidad» del art.86 CE sirve al propósito de resaltar el carácter inusual, grave y, especialmente, imprevisible, de la situación a abordar⁽⁴²⁾. Sin

(40) DE OTTO, I, op.cit. p. 212 señala que la única diferencia que existe entre esta potestad legislativa gubernamental y la parlamentaria convencional reside en cuando es posible ejercerla pues el resto de diferencias son tan solo relativas. La limitación del ámbito material del decreto ley es la misma que la que produce para la ley ordinaria la reserva de ley orgánica. Por otro, el control legislativo no es tal porque solo se produce por parte del Congreso y porque constituye un acto en el proceso de formación del decreto-ley. Igualmente, la posibilidad de derogación del decreto-ley por las Cortes es la misma que atañe también a la ley formal, que carece de fuerza pasiva frente a la ley.

(41) KELSEN, H: «La garantía jurisdiccional de la Constitución», *Revista Interamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm.10, 2008, p.27

(42) Estas son las tres notas inherentes al carácter extraordinario de la necesidad según, tradicionalmente, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, op.cit., pp. 633-634 y ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I: «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», *RAP*, núm.106, 1985. pp.118-119. Más extensamente sobre la interpretación del presupuesto habilitante véase, entre otros, SANTOLAYA MACHETTI, op.cit. p.105 y ss.; SALAS, J, op.cit. p. 29 y ss.; CARMONA CONTRERAS, A.M, op.cit. 1997, p.76 y ss. y «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», *REP*, núm.96, 1997; PÉREZ ROYO, J: *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pp.112-116; CALLEJÓN BALAGUER, F: *Fuentes del Derecho II*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 74 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, «Los decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar», *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm.18, 2003, p.24 y ss.; DE VEGA GARCÍA, A: «La cláusula extraordinaria y urgente necesidad del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», *REP*, núm.68, 1990, p.265; BARREIRO GONZÁLEZ, G.J: «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho Privado y Constitución*, núm.17, 2003, p.51 y ss.



embargo, dicha excepcionalidad no resulta identificable con los estados de emergencia recogidos en el art. 116 CE, en los que el orden constitucional se encuentra en peligro, tratándose, en consecuencia, de una «anormalidad de tono menor»⁽⁴³⁾. Ahora bien, esta imprevisibilidad o carácter atípico de las circunstancias que exige el art.86 CE para recurrir a la legislación de urgencia, se ha ido diluyendo por la interpretación que de la extraordinaria necesidad ha venido haciendo el Tribunal Constitucional.

Este, de forma sensiblemente generosa, ha tratado de definir lo que ha de entenderse por «necesidad» en base a la clásica distinción de Espósito entre necesidad relativa y absoluta⁽⁴⁴⁾, sosteniendo que la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como aquella que pone en peligro grave el sistema constitucional o el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, es decir, como necesidad absoluta. Al contrario, el Tribunal afirma que hay que entenderla de una forma más amplia, es decir, «como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata», esto es, como aquella que permite «alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país o dar respuesta a las coyunturas económicas que exigen una rápida respuesta»⁽⁴⁵⁾. Así, la necesidad relativa es la que se «origina en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental»⁽⁴⁶⁾ y que permite «dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual»⁽⁴⁷⁾.

Esta gradación de necesidades que el Tribunal explica a través de cuestiones de mera sistemática constitucional, contribuye a suavizar la primigenia excepcionalidad que, al menos de forma literal, podía deducirse del mero tenor del precepto. Así, como sostiene Cruz Villalón, «que la Constitución prevea una serie de institutos para hacer frente a determinadas situaciones de crisis, no se ve cómo puede condicionar el grado de necesidad exigido para que el Ejecutivo pueda sustituir interinamente al Legislativo de la normal competencia legislativa», pues lo cierto es que resulta difícil «encontrar argumentos para rebajar el grado de necesidad exigido por el art.86»⁽⁴⁸⁾. De alguna forma, parece que el Tribunal polariza el concepto de necesidad de manera que, o bien se corresponde con una crisis institucional, o bien con todo aquello que cada Ejecutivo entiende necesario para alcanzar los objetivos de gobernación del país. Y es que si todo aquello que el Ejecutivo necesite acometer para desarrollar su plan de Gobierno puede ser tildado de necesidad relativa, es fácil, como sucede, que la necesidad acabe confundándose con la mera oportunidad, utilidad o interés político⁽⁴⁹⁾.

(43) DE OTTO, I, op.cit. p.197.

(44) ESPOSITO, C: «Decreto-legge», *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Varese, Giuffrè Editore, 1962, pp.834-835

(45) STC 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6) (FJ 5.º).

(46) STC 60/1986, de 20 de mayo (RTC 1986, 60) (FJ 3.º).

(47) STC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5.º).

(48) CRUZ VILLALÓN, P: «Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 11/1983)» en AA.VV: *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 1985, p.148.

(49) CARMONA CONTRERAS, A.M: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, CEPC, 1997, pp.102-103; ÁLVAREZ GARCÍA, V: *El concepto de necesidad en el Derecho Público*, Madrid, Civitas, 1996, p.162, que no considera necesidad jurídica a este tipo de necesidades relativas.

En efecto, la necesidad de hacer frente a las perspectivas cambiantes de la vida actual, ha llevado al Tribunal Constitucional a calificar como necesarias regulaciones normativas por vía de decreto-ley que tratan de responder a lo que él mismo ha bautizado como «coyunturas económicas problemáticas»⁽⁵⁰⁾. Y es que esta denominación le ha servido al Tribunal para considerar al decreto-ley como una herramienta apta para enfrentar prácticamente cualquier situación de crisis financiera, convirtiéndolo en un instrumento más de la política económica del Gobierno⁽⁵¹⁾. Ello lo demuestra el hecho de que en la inmensa mayoría de las sentencias en que el Tribunal ha entendido que existe una coyuntura de estas características, ha considerado constitucionalmente adecuado el recurso al decreto-ley para enfrentarlas⁽⁵²⁾. No obstante, y tratando de evitar que el uso de la legislación de urgencia se asocie únicamente a supuestos de crisis, el Tribunal ha manifestado que aquél también es un instrumento jurídico idóneo para «consolidar el crecimiento de la actividad económica y con ello, garantizar la permanencia en el tiempo de una preexistente fase de expansión económica»⁽⁵³⁾. Asimismo, ha puesto de manifiesto que no resulta constitucionalmente adecuado vincular la viabilidad operativa de la potestad gubernamental de urgencia a circunstancias exclusivamente económicas sino a cualesquiera otras que lo precisen⁽⁵⁴⁾.

(50) STC 23/1993, de 21 de enero (RTC 1993, 23) (FJ 5.º). El Alto Tribunal ha considerado al decreto-ley como el instrumento normativo pertinente para hacer frente, entre otras cosas, a la desestabilización del sistema financiero nacional, a través de la expropiación del grupo RUMASA (STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983, 111)); para establecer un aumento de las escalas del IRPF que permitieran enfrentar la situación de déficit público creciente de la economía española (STC 182/1997, de 28 de octubre (RTC 1997, 182)); para estimular el mercado automovilístico, reduciendo los tipos impositivos sobre determinados medios de transporte (STC 137/2003, de 3 de julio (RTC 2003, 137)); o más recientemente para contener el gasto público farmacéutico y promocionar el uso racional de los medicamentos (STC 83/2014, de 29 de mayo (RTC 2014, 83)); para proteger a los consumidores y usuarios de la incorrecta comercialización de productos financieros, principalmente en materia de preferentes y deuda subordinada (STC 12/2015, de 5 de febrero (RTC 2015, 12)).

(51) SANTOLAYA MACHETTI, P., op.cit. p.109.

(52) Algunas de las coyunturas económicas problemáticas identificadas por el Tribunal podrían ser la apreciación de la urgencia hecha por el Gobierno en casos de modificaciones tributarias que afectaban a las haciendas locales (STC 6/1983, de 4 de febrero), de situación de riesgo de desestabilización del orden financiero (STC 111/1983, de 2 de diciembre), de adopción de planes de reconversión industrial (STC 29/1986, de 20 de febrero (RTC 1986, 29)), de medidas de reforma administrativa adoptadas tras la llegada al poder de un nuevo Gobierno (STC 60/1986, de 20 de mayo), de modificaciones normativas en relación con la concesión de autorizaciones para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993, de 21 de enero), de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997, de 28 de octubre) o, en fin, de necesidad de estimular el mercado del automóvil (STC 137/2003, de 3 de Julio).

(53) SSTC 31/2011, de 17 de marzo de 2011 (RTC 2011, 31) (FJ 4.º); 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 170/2012, de 4 de octubre (FJ 5.º).

(54) Así, la vía del decreto-ley ha quedado expedita, por ejemplo, ante la necesidad de reorganizar administrativamente los departamentos ministeriales con motivo del cambio de Gobierno (STC 60/1986, de 20 de mayo); ante la voluntad de introducir modificaciones de orientación política como consecuencia de un cambio en el Ejecutivo, a través de la derogación del Plan Hidrológico Nacional para poder transferir aguas del Ebro a las cuencas hidrográficas deficitarias a través de soluciones técnicas distintas a las recogidas en el anterior Plan (STC 327/2012, de 13 de diciembre) o, sencillamente, ante la necesidad de hacer frente a vacíos normativos producidos como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma (STC 11/2002, de 17 de enero (RTC 2002, 11)) o ante la falta de concreción normativa de un Reglamento europeo (STC 100/2012, de 8 de mayo (RTC 2012, 100)).

En este orden de cosas, la nota de imprevisibilidad que determina el carácter extraordinario de la situación a la que trata de ofrecer una respuesta este cauce normativo se diluye desde el momento en que éste se concibe como la herramienta adecuada para «dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» pues, ¿no es éste el papel que desempeña la «Ley a secas»?⁽⁵⁵⁾ En efecto, el propio Tribunal ha aceptado que la «valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad, e incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del Gobierno, siempre que concurra la excepcionalidad de la situación», pues «lo que importa no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren»⁽⁵⁶⁾. Así, parece suficiente con que las circunstancias se consideren extraordinarias y urgentes «desde la perspectiva subjetiva y puramente contingente»⁽⁵⁷⁾ de aquél.

Aun así, el Tribunal también ha sostenido que, en ausencia de imprevisibilidad, el Gobierno debía justificar «los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso, por el trámite de urgencia»⁽⁵⁸⁾ o por qué la medida introducida por el decreto-ley, para conservar su eficacia, «no puede demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario (...) bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida»⁽⁵⁹⁾. Realmente, esto es lo que el Gobierno debiera hacer a la hora de aprobar un decreto-ley, y no sólo en los casos de ausencia de imprevisibilidad —que, por otro lado, no habrían de permitirse—, pues es la única manera de demostrar el carácter inaplazable de la intervención normativa. Sin embargo, la realidad jurisprudencial demuestra que en muy pocas ocasiones la falta de estas justificaciones ha llevado a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos-leyes impugnados⁽⁶⁰⁾.

(55) PÉREZ ROYO, J, op.cit. p.139. Las críticas y riesgos de esta flexibilización temprana del carácter extraordinario de la necesidad, pueden verse, entre otros, en CARMONA CONTRERAS, A.M, op.cit. 1997, pp.99-102; CRUZ VILLALÓN, P, op.cit. pp.147-148; SORIANO GARCÍA, J.E: «Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española», *RAP*, núms.100-102, 1983, pp.455-457; LAVILLA ALSINA, L: «Sobre los decretos leyes» en AA.VV, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp.620-622; SÁNCHEZ, S: «El control de las disposiciones normativas gubernamentales con rango de ley», *RDP*, UNED, núm.23, 1986, pp.174-176.

(56) Ello se puso de manifiesto la primera vez en la STC 11/2002, de 17 de enero (FJ 6.º), intensificándose de forma especial en estos últimos años. Véanse, entre otras, las SSTC 137/2011, de 14 de septiembre (RTC 2011, 137) (FJ 7.º), 1/2012, de 13 de enero (FJ 6.º), 39/2013, de 14 de febrero (FJ 8.º), 183/2014, de 6 de noviembre (FJ 2.º), 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 47/2015, de 5 de marzo (FJ 5.º), entre otras.

(57) CARMONA CONTRERAS, A.M, «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic*, núm.47, 2013, p.7.

(58) STC 68/2007, de 28 de marzo (RTC 2007, 68) (FJ 12.º). Sobre esta sentencia, véanse, SANZ PÉREZ, A.L: «De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.10, 2007; PULIDO QUECEDO, M: «Decreto-ley, sin urgencia», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm.730, 2007; DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A, op.cit. pp.146-154.

(59) STC 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º).

(60) Además de las citadas en el texto, las SSTC 68/2007 de 28 de marzo (FJ 8.º); 31/2011, de 17 de marzo (FJ 8.º); 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º); 27/2015, de 19 de febrero (FJ 6.º), 136/2015, de 11 de junio (FJ 6.º), 196/2015, de 24 de septiembre (FJ 6.º).



DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

Siguiendo con esta línea interpretativa expansiva, el Tribunal también ha sostenido que el decreto-ley, «aun configurándose como un instrumento normativo constitucionalmente apropiado ante problemas o situaciones coyunturales, no cabe excluir en principio y carácter general su uso ante problemas o situaciones estructurales», debiendo concurrir en estos casos ciertas «notas de excepcionalidad, gravedad, imprevisibilidad o relevancia»⁽⁶¹⁾. Realmente resulta curioso que el Tribunal haga privativas dichas notas –y con carácter alternativo– de las situaciones estructurales, cuando ninguna situación sin ellas debería habilitar el uso del decreto-ley. Y no sólo eso, sino que entienda que este instrumento es apto para acometer reformas de esta envergadura, no tanto porque su calado recomiende su tramitación parlamentaria por cuestiones de legitimidad democrática y técnica legislativa, sino primordialmente porque resulta ciertamente difícil comprender cómo un cambio estructural puede ser tan frecuentemente inusual, imprevisible y grave. La legislación de urgencia no puede convertirse en una herramienta adaptativa de la regulación existente a la evolución de ciertas circunstancias económicas o sociales, pues dicha finalidad «responde más al esquema propio de los tratamientos continuados preventivos y de acompañamiento que al de las acciones quirúrgicas de emergencia»⁽⁶²⁾.

2. Sobre la urgencia⁽⁶³⁾

Si el requisito de la necesidad extraordinaria se ha visto considerablemente debilitado, lo mismo puede predicarse de la urgencia. El Tribunal Constitucional, desde su primera sentencia en materia de decreto-ley, vinculó aquélla a la imposibilidad de hacer frente a la necesidad concreta mediante la adopción de decisiones a través del procedimiento legislativo ordinario, ni siquiera por vía de urgencia. Así, lo urgente a efectos del art.86 CE es lo inaplazable, aquello que «reclama una acción normativa que, por lo ordinario, compete al legislador, pero que precisamente por esa necesidad, y no poder ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales, se autoriza al Gobierno» a llevarla a cabo⁽⁶⁴⁾, es decir, es todo aquello que «teniendo que» ser abordado por el Parlamento, «debe ser» realizado en un plazo inferior a los dos meses⁽⁶⁵⁾. En este orden de cosas, los intervalos temporales existentes entre la aprobación, publicación, entrada en vigor y efectos de la norma son indicios que permiten controlar la concurrencia de la pretendida urgencia⁽⁶⁶⁾.

Sin embargo, es de nuevo la propia jurisprudencia constitucional la que ha ido diluyendo la exigencia de este requisito a través de interpretaciones excesivamente deferentes. Y es que si bien en un primer momento el Tribunal sentenció que las medidas adoptadas

(61) SSTC 31/2011, de 17 de marzo (FJ 4.º), 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 47/2015, de 5 de marzo (FJ 5.º).

(62) STC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10.º).

(63) Más extensamente sobre la interpretación doctrinal de la urgencia, véase la bibliografía sobre el presupuesto habilitante apuntada en la nota 42.

(64) STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983, 111) (FJ 4.º).

(65) SANTOLAYA MACHETTI, P, op.cit. p.112.

(66) Entre muchas otras, STC 23/1993, de 21 de enero (RTC 1993, 23) (FJ 4.º).





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

por el decreto-ley debían «ser concretas y de eficacia inmediata»⁽⁶⁷⁾ modificando «de manera instantánea la situación jurídica existente»⁽⁶⁸⁾, pronto comenzó a considerar que el decreto-ley podía limitarse a actuar como una habilitación legislativa que permitiera el posterior desarrollo normativo de la cuestión⁽⁶⁹⁾ cumpliendo así una mera «función anticipadora»⁽⁷⁰⁾. De esta manera, la concreta situación de facto no necesita verse directamente alterada por la regulación introducida por el decreto-ley, siendo suficiente que sí lo haga la «situación jurídica existente»⁽⁷¹⁾ pues lo que exige la urgencia es una «innovación normativa efectiva»⁽⁷²⁾, «un tratamiento novedoso de la materia»⁽⁷³⁾, y no que el régimen jurídico establecido por el decreto-ley sea el completo o definitivo.

Asimismo, el Tribunal también ha declarado compatible con la urgencia el hecho de que se difiera a un momento posterior a la entrada en vigor la aplicación efectiva de las medidas que el decreto-ley incorpora⁽⁷⁴⁾, sosteniendo que la introducción de una «cautela de transitoriedad» no excluye la urgencia de la medida toda vez que lo urgente es el establecimiento de un «nuevo marco jurídico»⁽⁷⁵⁾. De hecho, ha advertido de que «no se debe confundir la eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma», pues «solo aquella es un requisito ínsito en la definición constitucional del decreto-ley establecida en el art.86 CE»⁽⁷⁶⁾. En este sentido, la urgencia

(67) STC 29/1982, de 31 de mayo (RTC 1982, 29) (FJ 6.º).

(68) *Ídem*.

(69) Entre otras, SSTC 29/1986, de 20 de febrero (RTC 1986, 29) (FJ 2.º), STC 11/2002, de 17 de enero (RTC 2002, 11) (FJ 7.º)

(70) PALADÍN, L: «Articoli 76-82. La formazione delle leggi» en *Commentario della Costituzione*, Vol.II, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 58.

(71) STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 3.º).

(72) En este sentido, entre otras, las SSTC 11/2002, de 17 de enero (FJ 7.º) y 332/2005, de 15 de diciembre (FJ 7.º). Además, conviene poner de manifiesto que al Tribunal Constitucional le resulta indiferente que dicha innovación normativa se lleve a cabo sobre materias más susceptibles de ser establecidas o reformadas por vía reglamentaria (STC 329/2005, de 15 de diciembre (RTC 2005, 329), FJ 6.º), dada la inexistencia de una reserva a su favor en nuestro ordenamiento. Así, se reputa constitucionalmente posible que el decreto-ley eleve el rango normativo y congele legalmente una determinada materia previamente deslegalizada STC 60/1986, de 20 de mayo (RTC 1986, 60) (FJ 2.º), o que regule cuestiones que, a pesar de no tener que contenerse necesariamente en una norma con rango legal, razones de conexión sistemática y oportunidad hagan aconsejable la regulación conjunta a través de decreto-ley (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre (RTC 2005, 332), FJ 7.º, y 12/2015, de 5 de febrero, FJ 5.º).

(73) Entre otras, 31/2011 de 17 marzo (FJ 7.º).

(74) DI CIOLO, V, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, p.201-202 considera contrario a la urgencia diferir la entrada en vigor del decreto-ley.

(75) Entre otras, SSTC 29/1986, de 20 de febrero (FJ 2.º), 23/1996, de 21 de enero (FJ6.º). En base a este criterio, el Tribunal Constitucional consideró, por ejemplo, que la Disposición Final del RD 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, que aplazaba la aplicación del régimen de silencio positivo para aquellas Administraciones diferentes a la del Estado, era preciso para otorgar a éstas un tiempo de adecuación de su gestión a la normativa vigente (STC 23/1993, de 21 de enero). En esta misma línea, se estimó constitucional que ciertos preceptos del decreto-ley pudiesen entrar en vigor meses después de su aprobación siempre y cuando existiera una fecha fija para ello, pues dicha concreción permitía que el decreto-ley gozara de cierta eficacia inmediata al permitir a los afectados por el mismo adoptar decisiones para ajustarse a la futura regulación (STC 189/2005, de 7 de julio (RTC 2005, 189), FJ 5.º)

(76) STC 137/2012, de 13 de diciembre (FJ 6.º).





DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

tiene que ver con la necesidad de intervenir normativamente, no con la de aplicar las medidas que se introducen⁽⁷⁷⁾.

Sin embargo, resulta cuestionable que una medida que resulta aplicable mucho tiempo después de su aprobación –bien porque se difiere temporalmente su aplicación efectiva o bien porque precisa, para ello, de complementos normativos– pueda cohonestarse con el carácter «perentorio e inminente»⁽⁷⁸⁾ que debería definir a la urgencia⁽⁷⁹⁾. En estos casos, no resulta fácil demostrar por qué tales medidas no podrían haberse tramitado por vía parlamentaria, ni siquiera por la de la urgencia que, recuérdese, es el parámetro que desde muy temprano el Tribunal ha establecido como referencia para valorar la existencia de la urgencia a efectos del art.86.1 CE⁽⁸⁰⁾. Y es que, más que la modificación «de manera inmediata la situación jurídica existente»⁽⁸¹⁾, lo que debería modificarse debería ser la situación de facto que se aparecía urgente y que precisamente motivó la activación del mecanismo del art.86 CE, o, lo que es lo mismo, que la urgencia debería predicarse no sólo del continente, sino también del contenido.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha tendido, a través de las interpretaciones del presupuesto habilitante que han sido estudiadas anteriormente, a considerar generalmente extraordinarias y urgentes todas aquellas cuestiones que el Gobierno entiende que lo son. Solamente esto puede explicar que, a través de decretos-leyes, se hayan regulado cuestiones tan poco extraordinarias y urgentes como, por ejemplo, y entre tantas otras, la firma electrónica (RD-L 14/1999, de 17 de septiembre), los tipos impositivos del Impuesto sobre las Labores del Tabaco (RD-L 1/2006, de 20 de enero), los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (RD-L 8/2012, de 16 de marzo), el régimen de administración de TVE (RD 15/2012, de 20 de abril), el otorgamiento de la explotación de los recursos mineros de la zona denominada «Aznalcóllar» (RD 6/2014, de 11 de abril), el uso y tráfico de tejidos humanos (RD 9/2014, de 4 de julio), los derechos audiovisuales del fútbol (RD 5/2015, de 30 de abril), la continuidad de Barcelona como «Mobile World Capital» para el período 2019-2023 (RD-L 8/2015, de 26 de junio), las comisiones por la retirada de efectivo en los cajeros automáticos (RD-L 11/2015, de 2 de octubre), etc. Así las cosas, no parece descabellado afirmar que la imprevisión y la gravedad jurídicas que reclama el art.86.1 CE, han resultado sustituidas por la conveniencia, y la urgencia por la comodidad política⁽⁸²⁾.

(77) CONTRERAS, A.M, op.cit., 1997, p.125 y ss.

(78) Siguiendo la definición otorgada por SORIANO GARCÍA, J.E, «Comentario a la STC 29/1982, de 31 de mayo» en LINDE PANIAGUA (Dir.): *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978 (1978-1982)*, Tomo II, Pamplona, Aranzadi, 1984, p.456.

(79) En este sentido, entre otros, ARANA GARCÍA, E: «Uso y abuso del decreto-ley», RAP, núm.191, 2013, p.344; SANTOLAYA MACHETTI, P., op.cit. p.120-121.

(80) Entre las primeras, las SSTC 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6) (FJ 5.º) y 11/1983, de 2 de diciembre (FJ 6.º).

(81) Exigencia del Tribunal ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 6.º).

(82) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I, op.cit. 1985, p. 122.



V. LA EVASIÓN DEL PARLAMENTARISMO O LA BAJA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA

La relajación del presupuesto habilitante del decreto-ley ha conseguido que una figura excepcional como es el decreto-ley haya pasado a convertirse, prácticamente, en un cauce normativo alternativo al procedimiento legislativo ordinario cuando, por suponer una sustitución del Parlamento por el Gobierno –como señaló el Tribunal Constitucional– debería constituir una excepción a aquél⁽⁸³⁾.

Sin ánimos de justificar una distorsión jurídica en todo caso denunciabile, quizá resulte más fácil entender un recurso tan asiduo al decreto-ley si éste es una forma de sacar adelante un programa de Gobierno que se encuentre con impedimentos por parte de la oposición en sede parlamentaria. Pero es que, es que incluso en aquellas Legislaturas presididas por mayoría absoluta en ambas Cámaras, el Ejecutivo ha recurrido con poco recato a la legislación de urgencia. Además, esta falta de razonabilidad se agrava si se tiene en cuenta que los procedimientos legislativos abreviados⁽⁸⁴⁾ que el legislador ha arbitrado consciente de que las Cámaras deben enfrentarse, en ocasiones, a situaciones marcadas por la premura temporal (procedimiento legislativo de urgencia, en lectura única y delegación de competencia legislativa a favor de las Comisiones), se impulsan justamente a iniciativa del Gobierno o de la mayoría parlamentaria que lo sustenta.

Así las cosas, la realidad política demuestra que ni una sólida mayoría en las Cámaras desincentiva la tendencia a gobernar a base de decreto-ley⁽⁸⁵⁾. Si el recurso constante a la legislación de urgencia no tiene que ver con la viabilidad política de las medidas que incorpora, resulta evidente que sólo lo hace con el cauce por el que se introducen. Y es que, como es bien sabido, cuando el Gobierno aprueba un decreto-ley, no precisa autorización previa, ni comunicación a otro órgano, ni sujeción a ningún procedimiento específico⁽⁸⁶⁾, de manera que su sola voluntad unilateral es suficiente para aprobar la norma, sin necesidad de someterse a la deliberación parlamentaria⁽⁸⁷⁾ que vertebra el desarrollo de un procedimiento legislativo. Por eso, el quién decide, independientemente de que tenga la misma impronta política que la correspondiente mayoría parlamentaria, es importante, porque predetermina el cómo lo hace.

Por ello, estas reprimendas hacia el poco recato que el Gobierno muestra a la hora de legislar a golpe de legislación de urgencia, no son denuncias académicas de juristas trasnochados y puristas, sino reclamos de la propia idea de democracia. El hecho de

(83) Entre otras, STC 182/1997, de 28 de octubre (RTC 1997, 182) (FJ 3.º).

(84) GÓMEZ LUGO, Y: «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013. pp. 113-116, propone el uso de estos cauces como remedios frente al abuso del decreto-ley.

(85) CARMONA CONTRERAS, A.M, op.cit., 2013, p.12; CARRILLO, M: «Decreto-ley ¿habitualidad o excepcionalidad?», *Revista de las Cortes Generales*, núm.11, 1987, p.71.

(86) DE OTTO, I, *op. cit.*, p.202.

(87) PRESNO LINERA, M.A: «Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza», *La metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos n.º 8*, Junta General del Principado de Asturias, 2014, p.234; pone como ejemplo de la escasa deliberación parlamentaria el abuso del decreto-ley en la presente legislatura.



DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

que las Cortes tengan atribuido el monopolio legislativo (art.66 CE), es consecuencia de que sean depositarias de la soberanía nacional que es, precisamente, lo que les otorga la legitimidad democrática necesaria para adoptar decisiones que afectan a la ciudadanía, y hacerlo a través de un proceso abierto y plural que garantice que todas las voces representadas puedan ser escuchadas. De lo contrario –como sostiene Rubio Llorente– «si la voluntad de la mayoría es sin discusiones la voluntad del pueblo y no necesita negociar o discutir con otras voluntades para llegar a formar la voluntad común, el Parlamento está pura y llanamente de sobra»⁽⁸⁸⁾. El verdadero significado del consenso, en términos democráticos, no radica en la adopción de decisiones conforme al principio mayoritario, sino en la posibilidad de participación desde el punto de vista minoritario.

En efecto, el propio Tribunal señaló, en varias ocasiones, que la legislación de urgencia era una «excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que esta dispensa»⁽⁸⁹⁾, razón por la cual debía acotarse a circunstancias excepcionales. Y es que esa participación minoritaria y el debate público que desencadena son un claro límite a la actuación gubernamental⁽⁹⁰⁾ –al mismo tiempo que una garantía democrática⁽⁹¹⁾– razón por la cual el Gobierno tiende a sortearlo cada vez que se presenta oportunidad para ello. Las minorías políticas actúan como contrapoder del Gobierno, fiscalizan su actuación al cuestionar su quehacer y le impelen a justificar sus decisiones. Su intervención es una forma de control en cuanto que obliga a la voluntad mayoritaria a desnudarse ante la Cámara y al hacerlo, también ante el electorado. Con esto no quiere sostenerse que los decretos-leyes sean fórmulas normativas antidemocráticas, sino que devienen peligrosamente ilegítimas cuando en nombre de la urgencia, terminan por sacrificar la legitimidad democrática de las decisiones políticas⁽⁹²⁾. O, lo que es lo mismo, cuando en vez de ser utilizados para abordar necesidades extraordinarias y urgentes, se convierten en una forma sutil de sustraerse a las formas que disciplina el propio sistema democrático.

Si aceptamos, como Habermas lo hacía, que la fuerza legitimadora y la calidad, en términos racionales, de las decisiones políticas, derivan de las posibilidades discursivas presentes en su adopción⁽⁹³⁾, parece que un volumen considerable de las que se han venido tomando en nuestro ordenamiento jurídico, además de ser de pésima calidad, resultan difícilmente admisibles en un Estado democrático de Derecho. Y lo hacen porque sin existir causa justificadora suficiente que avale la sustitución del procedimiento legislativo ordinario por la vía expeditiva del art.86 CE, aquellas son fruto única y exclusivamente de la voluntad política mayo-

(88) RUBIO LLORENTE, F.: «El Parlamento y la representación política», *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993, pp.232-233.

(89) STC 182/1997, de 28 de octubre (FJ 3.º)

(90) ARAGÓN REYES, M. y GÓMEZ MONTORO, A.J. (Coord): *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Madrid, CEC, 2005, p.59.

(91) FERRAJOLI, L: *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p.104; sostiene que la existencia y participación de las minorías parlamentarias es justamente una garantía frente a la autodestrucción de la democracia.

(92) Alertando de estos riesgos, CARRILLO, M, *op. cit.*, p. 63.

(93) HABERMAS, J: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p.380-381.



ritaria, pero no de la popular. De ellas no han participado las minorías parlamentarias, cuya intervención, no es solo una garantía frente a la autoridad mayoritaria sino que es una condición de la autoridad misma en términos democráticos⁽⁹⁴⁾. Y es que, aun cuando el resultado normativo hubiera sido el mismo, en muchos casos, de haberse seguirse la correspondiente tramitación parlamentaria, huelga decir que la democracia no es sólo cuestión de normas, sino también de formas que, por lo general, exigen que las decisiones sean fruto de la voluntad popular y no simplemente de la mayoritaria.

Así pues, la distorsión que se produce cuando el decreto-ley no se usa para dar respuesta a situaciones extraordinarias y urgentes, sino para sortear las exigencias del proceso democrático de toma de decisiones, cuestiona abiertamente al servicio de qué o de quién opera este instrumento. Y es que, siendo una herramienta inicial o teóricamente diseñada para responder con eficacia y prontitud a demandas sociales indemorables, esto es, surgida como un instrumento fortalecedor del Estado Social, la deriva poco racionalizada que ha seguido su uso apunta a que ha devenido, más bien, en un instrumento puesto al servicio del blindaje jurídico del Gobierno.

Ahora bien, el constituyente fue perfectamente consciente de que, al formarse los decretos-leyes al margen de la dinámica contradictoria y pública que tiene lugar en sede parlamentaria, presentaban una «legitimidad democrática inferior a la ley»⁽⁹⁵⁾. Por ello, estableció un procedimiento de convalidación⁽⁹⁶⁾ por el Congreso de los Diputados (art.86.2 CE) a los 30 días desde su promulgación –o la Diputación Permanente en el caso de que aquél estuviera disuelto o hubiera expirado su mandato (art.78.2 CE)– que, sin tener por fin sanar u otorgar validez a la norma en cuestión –pues el decreto-ley es una disposición con fuerza de ley absolutamente legítima⁽⁹⁷⁾– sino dotar de carácter definitivo a una disposición que hasta entonces solo es provisional, pretende recuperar los derechos de las minorías parlamentarias ausentes en el momento de la aprobación del decreto-ley⁽⁹⁸⁾. Y es que, como sostiene Zagrebelsky, «es en los procesos parlamentarios y no en los gubernamentales donde dichas fuerzas políticas pueden desarrollar un rol incisivo»⁽⁹⁹⁾. Así pues, la intervención del Congreso de los Diputados tiene la naturaleza de control político, al permitir al resto de fuerzas políticas diferentes de la mayoritaria fiscalizar la actuación de ésta, no solo verificando el respeto a los límites

(94) FERRAJOLI, L: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. II, Madrid, Trotta, 2011, p.12.

(95) CARMONA CONTRERAS, A.M, op.cit. 1997, p..233.

(96) Sobre esta cuestión, extensamente, TUR AUSINA, R., op.cit.

(97) La mayor parte de la doctrina entiende que el término convalidación no puede ser entendido en su sentido más estricto, sino que debe ser utilizado como sinónimo de ratificación u homologación. En este sentido, y entre otros, SALAS, J., op.cit. 1979, p.91-92; SANTOLAYA MACHETTI, P, op.cit. p.203-204.

(98) Así lo entiende CARMONA CONTRERAS, A.M, op.cit. 1997, pp.232-238. Otros, entienden que la intervención del Congreso de los Diputados tiene como fin restablecer el orden de separación de poderes y la soberanía parlamentaria que se rompen cuando el Gobierno toma partido en la función legislativa, articulando así la convalidación del decreto-ley por el Congreso desde un punto de vista exclusivamente orgánico. En este sentido SALAS, J., 1979, op.cit., p.93; GARCÍA MORILLO, J: *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1980, pp.212-213.

(99) ZAGREBELSKY, G: *Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*. Turín, UTET, 1987, p.179.



DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

de la legislación de urgencia, sino manifestando sus críticas respecto de las concretas opciones políticas elegidas⁽¹⁰⁰⁾.

En este orden de cosas, podría pensarse que las insuficiencias deliberativas que se producen cuando el Gobierno abusa del decreto-ley, pueden ser compensadas en el trámite de convalidación. Sin embargo, las posibilidades fiscalizadoras de la oposición, tanto por el *continuum* Parlamento-Gobierno como por la concreta articulación que el Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RCD) ofrece del procedimiento de convalidación, se reducen considerablemente. Todo comienza con la intervención de un miembro del Gobierno que «expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación» (art.151.2 RCD). Subsiguíéndose el debate siguiente conforme a lo establecido para los de totalidad, existe un turno a favor y otro en contra de quince minutos cada uno, seguidos de la posición de fijaciones, durante diez minutos, de los demás Grupos Parlamentarios (art. 74.2 RCD). Finalizado el debate, se procede «a la votación, en la que los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación» (art.151.3 RCD), bastando, a falta de previsión expresa, mayoría simple para entender convalidado el decreto-ley. Así pues, la convalidación parlamentaria tiene lugar en bloque, esto es, el Congreso convalida o deroga íntegramente el decreto-ley, sin que exista posibilidad de introducir enmiendas en la regulación ofrecida por el Ejecutivo. De esta forma, la Cámara decide «si hace suya la norma o no»⁽¹⁰¹⁾, pero no puede proponer modificaciones ni por tanto alterar en modo alguno la voluntad política mayoritaria.

En este orden de cosas, resulta evidente que, en un Legislatura de mayoría absoluta como la X, el control *por* el Congreso –esto es, en términos puramente decisorios– es absolutamente irrelevante, toda vez que la mayoría parlamentaria no va a rechazar el producto normativo de su propio Gobierno pues, como cuestionaría Leibholz, «¿no es desleal y poco democrático censurar públicamente a un Gobierno reclutado en sus propias filas»?⁽¹⁰²⁾ Sin embargo, más preocupante resulta aún que no pueda existir un verdadero control *en* el Parlamento⁽¹⁰³⁾ –aquél cuya eficacia reside en la deliberación pública de distintas propuestas– pues solo éste permite dotar al decreto-ley del carácter pluralista de que su elaboración carece. No obstante, debido a las pocas oportunidades de fiscalización que el RCD le ofrece a las minorías parlamentarias, aquél se ve increíblemente reducido.

En efecto, la exposición por parte del Gobierno no añade con carácter general nada esencialmente diferente a lo que puede desprenderse de la Exposición de Motivos de la norma. Además, existiendo solamente un turno en contra de quince minutos, y la posibilidad de que cada Grupo Parlamentario disponga sólo de diez para fijar su posi-

(100) Es lo que ARAGÓN REYES, M. y GÓMEZ MONTORO, A.J. (Coord.), op.cit. p. 57-58 denomina *control político en sentido amplio*.

(101) DE OTTO, I, op.cit. p.203.

(102) LEIBHOLZ, G: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1979, pp.62-63.

(103) La distinción entre debate *en* el Parlamento y *por* el Parlamento se toma de ARAGÓN REYES, M: «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político*, núm.23, 1986, p.27 y ss.



ción, todo ello unido a la imposibilidad de presentar modificación alguna sobre el texto elaborado por el Gobierno, no hace posible considerar que los derechos de la oposición se ven suficientemente tutelados⁽¹⁰⁴⁾, resultando más bien pálidas⁽¹⁰⁵⁾ las facultades que las minorías parlamentarias ostentan para controlar el uso que el Ejecutivo hace de la legislación de urgencia. De esta forma, como sostiene Santolaya, parece que le procedimiento de convalidación es «un mero requisito formal para salvar las exigencias, también formales, derivadas de una concepción superada en la práctica de la separación de poderes»⁽¹⁰⁶⁾.

Ahora bien, también es cierto que el art. 86.3 CE permite que los decretos-leyes sean tramitados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. En relación a esta cuestión, existe un avivado debate doctrinal entorno a si esta vía es complementaria o sucesiva del trámite de convalidación, esto es, si solo puede tramitarse como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia aquél decreto-ley que previamente haya sido convalidado por el Congreso⁽¹⁰⁷⁾. Sin embargo, lo cierto es que el art.151.4 RCD establece su carácter sucesivo y, en la práctica, el *modus operandi* parlamentario responde a esa exigencia. No obstante, existiendo como existe mayoría absoluta en la presente Legislatura, es ésta la que decide que el decreto-ley se tramite como proyecto de ley, pues ello depende de la votación de la Cámara. No obstante, no se admiten, en este caso, enmiendas a la totalidad de devolución (art.151.4 RCD).

Sea como fuere, lo cierto es que desde la perspectiva que aquí interesa –examinar las posibilidades deliberativas que estas diferentes vías ofrecen– es indudable que el seguimiento de este trámite, aunque en términos decisorios esté en buena parte en manos del partido político mayoritario, permite que exista una plena deliberación pública. Y ello por cuanto el procedimiento a seguir es el legislativo habitual, donde las minorías parlamentarias tienen más posibilidades de intervención y también de modificación del texto normativo. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica son pocas las veces en que suele seguirse esta vía. De hecho, en la X Legislatura, de 76 decretos-leyes aprobados, solamente 18 se han tramitado como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. En este orden de cosas, aun cuando el abuso del decreto-ley es independiente de las debilidades que presenta el control parlamentario, pues está relacionado con la propia distorsión que ha sufrido el propio presupuesto habilitante, el hecho de que aquél no permita una verdadera fiscalización por parte de las minorías parlamentarias de la legislación de urgencia, no permite suplir las insuficiencias deliberativas que se producen cuando el Gobierno abusa de este cauce normativo⁽¹⁰⁸⁾, ni tampoco actuar como muro de contención de estos excesos.

En definitiva, la historia demuestra, como Vile sostenía, que aunque las formas hayan cambiado los problemas de fondo siguen siendo prácticamente los mismos⁽¹⁰⁹⁾, pues la

(104) CARMONA CONTRERAS, A.M., op.cit. 1997, pp.257-258.

(105) RUBIO LLORENTE, F., op.cit. p.291.

(106) SANTOLAYA MACHETTI, P., op.cit. p.256.

(107) A favor de su carácter sucesivo, DE OTTO, I., op.cit. p.203. A favor de su carácter alternativo, CARMONA CONTRERAS, A.M., op.cit. 1997, pp. 269-277.

(108) CARMONA CONTRERAS, A.M., op.cit. 2013, p19.

(109) VILE, M: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianápolis, Liberty Found, 1998, p.3.



DEL USO AL ABUSO: EL DECRETO-LEY EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

tendencia del Ejecutivo a arrogarse facultades legislativas que no le corresponden no es exclusiva de épocas preconstitucionales, sino que adquiere plena actualidad en el marco de un Estado democrático de Derecho. La tarea de limitar al poder, como había advertido Montesquieu, es una «experiencia eterna»⁽¹¹⁰⁾; por eso tiene más de proyecto que de conquista. Siendo el procedimiento legislativo, además de una exigencia del Estado democrático, una garantía del Estado de Derecho y, por tanto, una forma de vigilar la toma de decisiones por parte del poder político, éste ha encontrado la manera de sustraerse a los controles que aquél dispensa, recurriendo a otra herramienta legislativa que el propio ordenamiento jurídico prevé y que, aunque se utiliza en muchas ocasiones de forma distorsionada, tal uso viene generalmente avalado por el propio Tribunal Constitucional. Por eso podría sostenerse que el abuso de la legislación de urgencia es una renacida inmunidad del poder⁽¹¹¹⁾.

Así pues, parte de la lucha del Estado democrático de Derecho de nuestro tiempo pasa por conseguir que las normas vuelvan a ser, como diría Kelsen, el «logro de una transacción»⁽¹¹²⁾, devolviéndole así al Parlamento una soberanía que, en no pocas ocasiones, parece haber perdido o, más bien, parece haberle sido arrebatada por verdaderos «poderes salvajes»⁽¹¹³⁾ que, aún en la sociedad democrática avanzada del S.XXI, persisten y no resultan fáciles de domesticar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA, N: *Los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid, Imprenta de R. Espinosa, 1936.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V: *El concepto de necesidad en el Derecho Público*, Madrid, Civitas, 1996.
- ARAGÓN REYES, M: «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político*, núm.23, 1986
- ARAGÓN REYES, M. y GÓMEZ MONTORO, A.J. (Coord.): *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Madrid, CEPC, 2005.
- ARANA GARCÍA, E: «Uso y abuso del decreto-ley», *RAP*, núm.191, 2013.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I: «Comentario al artículo 86. Decretos-leyes» en ALZAGA VILLAMIL, O (Dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo VII, Madrid, Edersa, 1985,
- «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento jurídico español», *RAP*, núm.106, 1985.

(110) MONTESQUIEU, C: *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984, p.142.

(111) Recuérdese la clásica obra del ilustre jurista GARCÍA DE ENTERRÍA, E: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, y poderes normativos)», *RAP*, núm.38, 1962.

(112) KELSEN, H: *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002, p.67.

(113) FERRAJOLI, L: *Poderes salvajes*, Madrid, Trotta, 2011.



DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

- BARREIRO GONZÁLEZ, G. J: «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho Privado y Constitución*, núm.17, 2003.
- CALLEJÓN BALAGUER, F: *Fuentes del Derecho II*, Madrid, Tecnos, 1991.
- CARMONA CONTRERAS, A. M: «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic*, núm.47, 2013.
- *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, CEPC, 1997.
- «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», *REP*, núm.96, 1997.
- CARRILLO, M: «Decreto-ley ¿habitualidad o excepcionalidad? », *Revista de las Cortes Generales*, núm.11, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, P: «Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 11/1983)» en AA.VV: *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 1985.
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, A: «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», *Estudios de Deusto*, Vol. 61/2, 2013.
- *El Gobierno por decreto*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997.
- DE OTTO, I: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987.
- DE VEGA GARCÍA, A: «La cláusula extraordinaria y urgente necesidad del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», *REP*, núm.68, 1990.
- DI CIOLO, V: *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, Dott.A. Giuffrè Editore, 1970.
- DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A.: «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del decreto-ley». *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm.24, 2011.
- ESPOSITO, C: «Decreto-legge», *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Varese, Giuffrè Editore, 1962.
- FERRAJOLI, L: *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- *Poderes salvajes*, Madrid, Trotta, 2011.
- *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II, Madrid, Trotta, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ, T-R: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.
- GARCÍA MORILLO, J: *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1980.
- GARRIDO FALLA, F, y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2.º Edición, 1985.
- GARRORENA MORALES, A: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, CEC, 1980.
- GÓMEZ ACEBO, R: «El ejercicio de la función legislativa por el gobierno: leyes delegadas y decretos-leyes», *RAP*, núm.6, 1951
- GÓMEZ LUGO, Y: «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013.

- HABERMAS, J: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002.
- «La garantía jurisdiccional de la Constitución», *Revista Interamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm10, 2008.
- LASAGABASTER HERRARTE, I: «Los decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar», *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm.18, 2003.
- LAVILLA ALSINA, L: «Sobre los decretos leyes» en AA.VV, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- LEIBHOLZ, G: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1979.
- LOEWENSTEIN, L: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ma Ariel, 1973.
- MANZANELLA, A: *Il parlamento*, Bolonia, Il Mulino, 1977.
- MONTESQUIEU, C: *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984.
- MORTATI, C: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, Cedam, 1969.
- PALADÍN, L: «Articoli 76-82. La formazione delle leggi» en *Commentario della Costituzione*, Vol. II., Bologna, Zanichelli, 1979.
- PÉREZ ROYO, J.: «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno» en AA.VV: *La Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 1985.
- PÉREZ ROYO, J: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988.
- PÉREZ SERRANO, N: *La Constitución Española. Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.
- PULIDO QUECEDO, M: «Decreto-ley, sin urgencia», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm.730, 2007.
- RUBIO LLORENTE, F: *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993.
- SALAS, J.: «Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», *RAP*, núm.51, 1966.
- *Los Decretos-leyes en la constitución española de 1978*. Civitas, Madrid, 1979.
- SÁNCHEZ, S: «El control de las disposiciones normativas gubernamentales con rango de ley», *RDP*, UNED, núm.23, 1986.
- SANTOLAYA MACHETTI, P: *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Madrid, Tecnos, 1988.
- SANZ PÉREZ, A. L: «De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.10, 2007.
- SORIANO GARCÍA J. E.: «Comentario a la STC 29/1982, de 31 de mayo (RTC 1982, 29)» en LINDE PANIAGUA (Dir.): *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978 (1978-1982)*, Tomo II, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1984.



DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

– «Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española», *RAP*, núms.100-102, 1983.

TUR AUSINA, R: *El control parlamentario de los decretos-leyes*, Madrid, CEPC, 2002.

VILE, M: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianápolis, Liberty Found, 1998.

ZAGREBELSKY, G: *Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1987.



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO. ESPECIAL REFERENCIA A LA DEFENSA PREVENTIVA ⁽¹⁾

BEATRIZ GONZÁLEZ MINGUELA
Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. TERRORISMO INTERNACIONAL Y USO DE LA FUERZA.
 - 1. **Terrorismo internacional.**
 - 2. **La guerra contra el terrorismo.**
 - 2.1. La respuesta estadounidense a los ataques del 11S, ¿una reformulación del derecho de legítima defensa?
 - 2.2. Respuestas al terrorismo internacional.
- III. DE LA INVOCACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A LA DOCTRINA BUSH DE LA GUERRA PREVENTIVA.
 - 1. **Guerra preventiva vs. guerra anticipatoria.**
 - 2. **La guerra preventiva desde la perspectiva de la doctrina de la guerra justa (bellum «iustum»).**
 - 2.1. Breve referencia a la doctrina de la guerra justa.
 - 2.2. La defensa preventiva ¿retorno a la doctrina de la guerra justa?
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición del uso de la fuerza en las relaciones interestatales es el pilar esencial (*cornerstone*⁽²⁾) del Derecho Internacional moderno. Durante varios siglos la guerra, además de estar legitimada, constituía una prerrogativa natural de la soberanía del

(1) Este texto es una versión abreviada del Trabajo Fin de Grado, presentado en la Universidad de Oviedo.

(2) *Report of the Special Committee on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States*, Doc. A/6799 (XXII), par. 29.



Estado. Sin embargo, tras la experiencia de dos Guerras Mundiales la comunidad internacional tomó conciencia de la necesidad de limitar la posibilidad que tenían los Estados de recurrir a la fuerza armada, así como de crear un sistema que velara por la seguridad colectiva internacional. De este modo se promulgó, en 1945, la Carta de Naciones Unidas (o «Carta») cuyo Preámbulo expresa la voluntad de «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra» y, con tal finalidad, «asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común». Con este objetivo, se establece como propósito central de las Naciones Unidas el deseo de mantener la paz y seguridad internacional mediante la prohibición absoluta del uso de la fuerza⁽³⁾. El sistema legal previsto en la Carta se complementa con dos excepciones⁽⁴⁾ a la regla general, a saber: el uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad (o «CS») conforme al Capítulo VII de la Carta y el derecho de legítima defensa en caso de ataque armado previsto en el artículo 51 del mismo cuerpo legal⁽⁵⁾.

Mediante la adopción de la Carta de Naciones Unidas los Estados manifestaron el consentimiento de vincularse jurídicamente e iniciaron una etapa en la que la guerra estaba prohibida como instrumento de poder del Estado. No obstante, a más de 70 años desde su promulgación, los retos internacionales han cambiado y la comunidad internacional debe hacer frente a un nuevo desafío que no había sido previsto por los ideólogos de la Carta: el terrorismo internacional. A pesar de que el terrorismo no es un fenómeno reciente debemos reconocer que, en la actualidad, nos enfrentamos a un nuevo tipo de terrorismo mediante el que se perpetran ataques que causan la muerte de un elevado número de personas, y cuyas actividades, capaces de desestabilizar regímenes políticos⁽⁶⁾, tienen un alcance cada vez más globalizado. En este sentido, el fenómeno del terrorismo internacional contemporáneo, especialmente consolidado a partir del 11 de septiembre de 2001 (en adelante, «11S»), plantea un desafío directo al orden público de la comunidad internacional como tal, y no solo una amenaza al orden público de una nación en particular. Desde el punto de vista jurídico, los ataques del 11S (así como los más recientes sufridos en Europa) suponen un reto importante

(3) El artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas dispone que «[l]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

(4) A estas se añade la acción contra los denominados «Estados enemigos», para evitar el reinicio de las hostilidades tras la finalización de la II Guerra Mundial (artículo 107 CNU), ya obsoleta.

(5) Según el artículo 51 de la Carta «[n]inguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

(6) No hay que olvidar que, en España, los atentados del 11 de marzo de 2004, a tres días de las elecciones generales, influyeron en provocar un cambio político con un paso de un gobierno conservador que llevaba gobernando España dos legislaturas (el del Partido Popular) a un gobierno socialista (PSOE).



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

para el sistema jurídico de Naciones Unidas vigente en la materia, además de poner sobre la mesa un buen número de cuestiones que, como se verá a continuación, aún se encuentran sin responder.

II. TERRORISMO INTERNACIONAL Y USO DE LA FUERZA

1. Terrorismo internacional

En el año 2002, un diplomático italiano reconocía que «no hay que asombrarse de que el terrorismo, por su objetivo impacto político-militar, sus efectos psicológicos y las cuestiones morales que suscita, sea hoy el centro del discurso internacional y sea objeto de miles de artículos, debates, conferencias y mesas redondas en todo el mundo. Y, sin embargo, gran paradoja, nosotros no sabemos, literalmente, de qué estamos hablando, desde el momento en que aún no existe una definición de terrorismo universalmente aceptada»⁽⁷⁾. Es cierto que, hasta el momento, la comunidad internacional no ha alcanzado ninguna definición universalmente aceptada sobre los conceptos de «terrorismo» o «terrorismo internacional»⁽⁸⁾. En consecuencia, no se ha aprobado un tratado general de vigencia universal sobre la materia⁽⁹⁾. Sin embargo, se han concluido al respecto ciertos instrumentos jurídicos cuyo objeto es la represión de determinados ilícitos que pueden caracterizarse como acciones terroristas, entre otros, la toma de rehenes, el secuestro de aviones, o los crímenes contra las personas internacionalmente protegidas⁽¹⁰⁾. De esta forma, el derecho convencional aborda el fenómeno terrorista desde una perspectiva parcial y limitada sin llegar, en ningún caso, a una regulación integral del mismo. Partiendo de esta situación y sin perjuicio del valor que puedan tener las contribuciones científicas al respecto (en un estudio del año 1988 sobre el terrorismo se han reseñado hasta más de 100 definiciones distintas⁽¹¹⁾), se debe insistir en la necesidad de adoptar una convención universal e integral sobre el tema, que comprenda una definición

(7) TOSCANO, R., «Por una definición de terrorismo», *El País*, 3 de julio de 2002.

(8) VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p.45.

(9) El único intento de elaborar un tratado universal sobre el terrorismo fue la Convención para la prevención y represión del terrorismo de 16 de noviembre de 1937 adoptada en el seno de la Sociedad de Naciones como consecuencia de los asesinatos de 1934 en Marsella del Rey Alejandro I de Yugoslavia y de LOUIS BARTHOUD, Ministro de Asuntos exteriores francés. La Convención definía el terrorismo de manera amplia como «los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, en grupos de personas o en el público» (artículo 1). Este instrumento jurídico nunca llegó a entrar en vigor debido, en gran parte, al comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

(10) Entre otros instrumentos jurídicos, cabe mencionar el Convenio de Tokio sobre Infracciones y otros actos cometidos a bordo de Aeronaves (1963); el Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (1970); el Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos dirigidos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional (1971); etc.

(11) SCHMID, A. y J. JONGMAN, A., *Political terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Databases, Theories, and Literature*, Londres, Transaction Publishers, 1988, p. 5.



general de terrorismo⁽¹²⁾. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que los obstáculos para alcanzar tal objetivo parten; por un lado, del hecho de que el fenómeno terrorista no es algo nuevo, presentando una dilatada historia de formas, agentes, víctimas y repercusiones del mismo⁽¹³⁾; por otro, de la influencia de valoraciones de otra índole a la hora de tratar de llegar a una definición científica. Es obvio que la realidad del terrorismo trae consigo una inmanente carga moral y política. Moral, porque los horrores que causa generan reacciones emocionales muy fuertes en la población; y política, porque siempre van a existir problemas interpretativos derivados de referencias inevitables a componentes políticos. Siguiendo a CURBET «cuando se trata de comprender la violencia terrorista, se impone una lógica maniquea que sólo permite razonar libremente contra el enemigo. En este caso, como dijo Montaigne: cada uno designa como barbarie lo que no es de su uso»⁽¹⁴⁾. Esto trae consigo grandes obstáculos para trazar límites entre terrorismo y guerra, terrorismo y criminalidad o incluso para distinguir diversos tipos de terrorismos. Así, la designación del terrorismo –esto es, la aplicación de la categoría a un agente o un acto– dependerá de la posición que ocupe el hablante, lo que deriva en una dicotomía insuperable entre lo que para unos es «terrorismo» y otros justifican como «lucha legítima por la liberación de un pueblo», esto es «*one man's terrorist is another man freedom fighter*»⁽¹⁵⁾.

Una vez expuestas las dificultades que entraña la tarea de definir el terrorismo, es menester mencionar las consecuencias que tiene la referida indefinición. Debido a la aludida falta de consenso, la calificación de lo que es o no un acto terrorista es una prerrogativa de cada Estado, algo que puede ser utilizado por éstos en servicio de intereses que nada tienen que ver con el terrorismo⁽¹⁶⁾. Esto conlleva una utilización extensiva del término, que se amolda a cualquier circunstancia *de facto*, por lo que la palabra «terrorismo» no expresa un concepto jurídico, sino más bien una combinación de objetivos políticos, propaganda y actos violentos, una amalgama de

(12) El Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas reconoció, en el informe presentado en diciembre de 2004 ante la Asamblea General de la ONU que la adopción de una convención general sobre el tema, incluyendo una definición, resultaba un imperativo de la comunidad internacional. Véase Doc. A/59/565, «Naciones Unidas. Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos», Informe del Grupo de Alto Nivel sobre Amenazas, Desafíos y Cambios, 2 de diciembre de 2004, párr. 157 y siguientes.

(13) Véase, por ejemplo, LAQUEUR, W., *Una historia del terrorismo*, Barcelona, Paidós, 2003.

(14) CURBET, J., «El terrorismo no tiene solución» en CURBET J. (Coord.), *Conflictos globales, violencias locales*, Ciudadanía y Violencia, Vol. I, FLACSO, 2007, p.105.

(15) Una traducción podría ser «lo que para uno es un terrorista para otro es un combatiente por la libertad». Este aforismo fue utilizado por primera vez por SEYMUR, G., *Harry's Games*, Transworld Publishers, 1975 e indica la dificultad que existe para definir legalmente el término terrorismo al existir diferentes perspectivas sobre el mismo. Una misma persona o grupo pueda encajar en las definiciones de terrorista o de luchador por la libertad según quien lo describa. Un ejemplo lo encontramos en Ernesto Che Guevara, tildado, por un lado, como terrorista por los Estados Unidos y, por otro lado, reverenciado por muchos como un luchador por la libertad.

(16) En este sentido, la ONG *Human Rights Watch* poco después de los atentados del 11S publicó una lista de Estados, describiendo el modo en que cada uno de estos Estados ha utilizado el término terrorismo en relación con propósitos que no tienen relación con el terrorismo. *Opportunism in the Face of Tragedy: Repression in the name of anti-terrorism*. Disponible en: <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/september11/opportunismwatch.htm> (última consulta: mayo de 2016).



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

medidas para alcanzar un objetivo⁽¹⁷⁾, dando lugar a que este término sea utilizado de forma distinta según el contenido que se le quiera dar. Por este motivo, se huye de definiciones precisas y se convierte en un concepto ideológico que da pie a justificar cualesquiera acciones contra el terrorismo, sin someterlas a la garantía de ninguna institución internacional.

2. La guerra contra el terrorismo

Antes de seguir adelante es interesante mencionar la idea expuesta por COLOMBO sobre el binomio violencia legítima e ilegítima. En opinión de este autor en el lenguaje político actual la violencia legítima se representa como el monopolio por excelencia del Estado y la ilegítima encuentra su paradigma en forma de «terrorismo». Dicho contraste es el que se representa en la fórmula «guerra global contra el terrorismo»: guerra frente a terrorismo, es decir, legitimidad contra ilegitimidad⁽¹⁸⁾. La paradoja es que, para rechazar una violencia (la terrorista) se desarrolla otra (la guerra), llegando así a un enfrentamiento de legitimidades en el que, además, se promueve la confusión entre fines y medios. Llamar a una actividad violenta guerra o terrorismo es una cuestión fundamental por las consecuencias jurídicas que plantea: un acto de guerra puede responderse con la guerra mientras que, a un delito por grave que sea, se le debe responder con el derecho penal. Ya nos previene FERRAJOLI de que «en ninguna otra materia como en la de la violencia política, los significados asociados a los términos de la cuestión –terrorismo y guerra– son tan decisivos en la determinación de nuestras concepciones en torno a uno y la otra y en la orientación de nuestras elecciones»⁽¹⁹⁾

Desde los dramáticos ataques del 11S los líderes políticos y la opinión pública han utilizado expresiones como la «guerra contra el terrorismo» o la «guerra contra el terror», particularmente al referirse a la lucha llevada a cabo por Estados Unidos frente a grupos terroristas como Al-Qaeda. Nótese que el por aquel entonces presidente de los EEUU George W. Bush no habla de «lucha contra el terrorismo», sino de «guerra global» contra el mismo («*war on terror*»⁽²⁰⁾). Obviamente, el uso de las palabras «guerra» y «global» fue deliberado, configurándose no como una mera elección semántica, sino como una opción política sobre cómo combatir el fenómeno

(17) GASSER, H., «Actos de terror, “terrorismo” y Derecho Internacional Humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 847, 2002, p. 553. Este autor prefiere referirse a la noción de «acto terrorista» o «acto de terror», pues el término «terrorismo» no expresa un concepto jurídico, aunque es un comportamiento criminal.

(18) COLOMBO, A., «El terrorismo entre legalidad y legitimidad. El insostenible monopolio de los estados sobre la noción de violencia ilegítima» en CAMPIONE R. y RUSCHI F. (Coords.), *Guerra, Derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch (en prensa).

(19) FERRAJOLI, L., «Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX, 2009, p. 14.

(20) En los primeros días tras los atentados el presidente Bush utilizaba la expresión «guerra contra el terrorismo», consolidando posteriormente de forma definitiva la denominación de «guerra contra el terror». Denominación con mayor carga simbólica que permitió abarcar una noción de enemigo más amplia e imprecisa. Véase AZPÍROZ, M.L., *Diplomacia pública: el caso de la «guerra contra el terror»*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya (OUC), 2012.



terrorista⁽²¹⁾. De esta forma, la administración estadounidense respondió a los ataques del 11S con la guerra, primero en Afganistán y luego en Irak, desvinculándose así de la política de disuasión seguida anteriormente en el seno de las relaciones internacionales⁽²²⁾. La premisa fundamental de este «nuevo»⁽²³⁾ discurso es que la violencia que se manifestó en los ataques del 11S representa un terrorismo moderno, masivo y global, en tanto que lo son sus objetivos (la destrucción del mundo Occidental), los medios de los que se valen para alcanzarlos (incluyendo armas de destrucción masiva), y su forma de organización (una banda terrorista en red).

Teniendo en cuenta que el terrorismo es primordialmente un fenómeno criminal, la cuestión es si la «guerra contra el terrorismo» es una «guerra» en sentido propiamente dicho o si, por el contrario, la lucha contra la violencia terrorista debe gestionarse a través del ordenamiento jurídico penal. Tras el 11S el gobierno estadounidense cuestionó los instrumentos tradicionales del sistema de justicia penal para luchar contra el terrorismo y se decantó por un enfoque o estrategia militar difundiendo hacia la sociedad la idea de la «guerra» como única respuesta posible a lo sucedido. De esta manera, la «guerra contra el terrorismo» se configuró en torno a una idea fundamental: la calificación de los ataques terroristas como actos de guerra, lo que otorgaba a EEUU el legítimo derecho de autodefensa. Así, la administración Bush concluyó, semanas después del 11S, que no sólo la «guerra contra el terrorismo» activaba las prerrogativas del presidente como «comandante jefe», sino que, además, el carácter novedoso de la guerra implicaba también la caracterización de enemigo de un modo también novedoso⁽²⁴⁾. De este modo los «enemigos» no eran soldados ni simplemente terroristas, sino que se les otorga la categoría de «combatiente enemigo» acompañada de un peculiar régimen jurídico. Aparece aquí la primera contradicción de este planteamiento. Pese a que los ataques terroristas fueron considerados actos de guerra, del examen de las diferentes decisiones adoptadas por el Gobierno norteamericano se desprende que los detenidos en la prisión de Guantánamo no serían sometidos al tradicional derecho a la guerra.

(21) ALDAVE OZAIZ, A y CAMPIONE R., «Normas y discursos: los conflictos armados y el derecho penal antes y después del 11-S» en *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. XIII, 2016, 2 (en prensa), online en: <http://www.juragentium.org/topics/thil/it/oteroaldave.pdf> (última consulta: junio 2016).

(22) MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M.^a, «Los discursos sobre la guerra: de la seguridad nacional a la guerra anticipatoria. Un nuevo riesgo global» en MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO y URREA CORRES (Coords.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva, análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, p. 79.

(23) *Ibidem*, pp.72-73. El autor pone de manifiesto que ni la Estrategia de Seguridad del año 2002, ni las acciones preventivas, ni el carácter imperial de ambas son algo nuevo ni espontáneo, sino que supone una continuidad con la política exterior de los gobiernos estadounidenses anteriores desde las Guerras mundiales y la Guerra Fría. Esta tesis sobre la continuidad en la estrategia de seguridad de los presidentes de EEUU del siglo XX y de G. W. Bush se encuentran en numerosos comentaristas de las relaciones internacionales. Véase BARBER, B., *El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia*, Barcelona, Paidós, 2004 o SEGURA A., *Señores y vasallos del siglo XXI. Una explicación de los conflictos internacionales*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

(24) MENÉNDEZ, A.J., «Los derechos de libertad e integridad personal en el *brave new constitutionalism* de Bush II y Obama» en DORADO PORRAS (Ed.), *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 93.



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

De este modo, no serían considerados prisioneros de guerra, ni podrían invocar el régimen jurídico de los Convenios de Ginebra como fuente de derecho⁽²⁵⁾. Por tanto, parece ser que la posición adoptada por EEUU y sus aliados no respetaría ninguna de las opciones posibles (o bien responder con la guerra, siendo entonces aplicables las reglas del Derecho internacional humanitario o bien, responder con el derecho penal entendiendo el 11S como un acto criminal), sino que ha iniciado una guerra, pero aplicando las leyes de la guerra que ha considerado convenientes. Si EEUU alega la «guerra» contra el terrorismo, se puede sostener que el terrorismo es una forma de guerra, dando así la razón a generaciones de terroristas que nunca han sido reconocidos por los Estados más que como criminales. Como pone de manifiesto Campione, aceptar este contexto bélico contra grupos como Al-Qaeda o el ISIS, considerándolos enemigos, implica, reconocerles algo, esto es, los mismos derechos y obligaciones que a los miembros de las fuerzas armadas organizadas, «dignificando» así al contrario y reconociéndolo como igual⁽²⁶⁾. De este modo, los EEUU anunciaron que no distinguirían entre los autores de los actos terroristas y los países que los pudieran acoger. Por lo que, para justificar un ataque militar frente a un Estado enemigo, basta con que éste de refugio a terroristas o sospechosos de terrorismo, acudiendo así a la lógica del ataque anticipado o preventivo. No es casualidad que, un año después de los ataques del 11S, los EEUU publicaran su Estrategia de Seguridad Nacional introduciendo una nueva doctrina sobre el uso de la fuerza y defendiendo oficialmente el derecho de Estados Unidos a librar guerras preventivas, situándose así por encima del Derecho Internacional y de la Carta de Naciones Unidas.

2.1. La respuesta estadounidense a los ataques del 11S, ¿una reformulación del derecho de legítima defensa?

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho de legítima defensa está reconocido expresamente en la Carta de Naciones Unidas. El artículo 51 de dicho cuerpo legal califica este derecho como un derecho «inmanente» (en el texto francés, «natural») que se activa en caso de ataque armado contra un miembro de Naciones Unidas. Resulta clave, por tanto, determinar qué debe entenderse por ataque armado. Ello porque es, precisamente, ese ataque previo lo que determina la necesidad de actuar en legítima defensa. No debe olvidarse que la legítima defensa prevista en el artículo 51 está pensada para los ataques armados perpetrados por las fuerzas de un Estado contra otro pues, en el momento de elaboración de la Carta, sus redactores tenían *in mente* el ataque

(25) Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 configuran los tratados más importantes de Derecho Internacional Humanitario o DIH, ordenamiento de Derecho Internacional que tiene por objeto proteger a las víctimas en caso de conflicto armado. El tercer Convenio regula el trato debido a los prisioneros de guerra. Véase SASSÓLI, M., «La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra», en VALLADARES, G.P (comp.), *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Buenos aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 549-583.

(26) CAMPIONE, R., «El nombre de la cosa (más sobre guerra y terrorismo)», *La Nueva España*, 30 de noviembre de 2015.



armado en sentido clásico, sin tener en cuenta el fenómeno terrorista o un enemigo no claramente identificable⁽²⁷⁾. Concepción primitiva que se ha visto claramente superada por los acontecimientos, dado que en pleno siglo XXI las amenazas a la seguridad no pueden definirse exclusivamente en términos de Estados⁽²⁸⁾.

La primera, casi inmediata, reacción de EEUU y sus aliados tras los ataques del 11S fue el inicio de la guerra contra Afganistán como respuesta a éstos justificada, a nivel jurídico, como un ejercicio de legítima defensa⁽²⁹⁾. Con el objeto de ampararse en este derecho, la administración Bush se decantó por catalogar los ataques del 11S como verdaderos ataques armados aun cuando, en un primer momento, no se tuviera una noción precisa del origen, extensión y autoría de los hechos. Esta calificación supuso una respuesta inmediata a lo sucedido, por lo que responde a una reacción de carácter político, más que a un estricto esquema de técnica jurídica⁽³⁰⁾. Puede que la conmoción creada por los atentados –recordemos su impacto visual a través de su contemplación en vivo– afectaran a la sensibilidad jurídica de la respuesta que merecían.

Determinar si los atentados terroristas sufridos por EEUU constituyen jurídicamente una agresión, tiene una importancia fundamental a efectos de analizar la procedencia de la aplicación de las disposiciones de la CNU en materia de legítima defensa. Los atentados terroristas fueron presentados por los medios de comunicación como actos de agresión e incluso de guerra⁽³¹⁾ utilizando para ello el sentido corriente que a este término le otorga la población en general. Sin embargo, en el marco del Derecho Internacional, el concepto de agresión posee un sentido mucho más técnico y complejo, tal y como se deriva de la Resolución N.º 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de Naciones Unidas. El artículo 1 de esta resolución define genéricamente la agresión como «el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas». Así, este instrumento deja, en principio, claramente establecido que la agresión o los actos de agresión deben provenir de un Estado. No puede entonces el Estado agredido ejercer su derecho de legítima defensa en contra de un Estado que no ha sido agresor, en tanto que no ha actuado a través de sus autoridades. Es aquí, precisamente, donde reside la dificultad de tipificar

(27) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., «Una cara oscura del derecho internacional: legítima defensa y terrorismo internacional», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2002, pp. 276-277.

(28) GARRIDO REBOLLEDO, V., «Nuevas amenazas para la seguridad», *Política exterior*, 2001, núm. 84, p. 184.

(29) VALLARTA MARRÓN, J.L., «La legítima defensa ¿es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma *in statu nascendi*?», *Anuario mexicano de derecho internacional*, Vol. 8, 2008, pp. 955-984. Siguiendo a este autor, el gobierno estadounidense y sus aliados prefirieron hacer una inapropiada referencia a la legítima defensa, en lugar de buscar la autorización previa del Consejo de Seguridad, para poder llevar adelante la «nueva» política de seguridad internacional y la consolidación de un derecho a la legítima defensa preventiva.

(30) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *op.cit.*, pp. 283-284.

(31) Gran parte de la doctrina considera que esos ataques terroristas no pueden ser calificados como supuestos de guerra, tal y como fueron calificados por fuentes oficiales de Estados Unidos, al ser ésta una clasificación, sin lugar a dudas, desmesurada (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *op.cit.*, p. 290 con cita a PELLET, A. «This is not a war», y DE DUPUY, P.M «The Law after the destruction of the Towers», ambos en *The European Journal of International Law, Discussion forum: The attack on the World Trade Center: Legal responses*)



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

los atentados del 11S como ataques armados, al haber sido perpetrados por células de una organización terrorista y no por un Estado en particular.

Por su parte, el artículo 3 recoge una enumeración no taxativa⁽³²⁾ de algunos actos que constituyen agresión. Todos los supuestos implican el ataque de un Estado contra otro⁽³³⁾ salvo el previsto en la letra g), el cual caracteriza como acto de agresión, el «envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados [los del artículo 3 a) a f)], o su sustancial participación en dichos actos». Con este artículo se contemplan, frente al uso directo de la fuerza, usos «indirectos» de la misma como posibles actos de agresión. En síntesis, el precepto analizado plantea dos hipótesis: la primera sería que un Estado enviara directamente bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios para cometer actos que impliquen el uso de fuerza armada (lo que prácticamente equivale a una agresión directa). La segunda atañe solo a una participación «sustancial». En este último caso la actividad del Estado consiste en ayudar, instigar o tolerar las acciones armadas de los grupos en cuestión, debiendo reunirse dos condiciones: que la ayuda sea «sustancial» (bien por acción u omisión) y que las acciones llevadas a cabo por los grupos sean de fuerza armada⁽³⁴⁾, por lo que debemos preguntarnos si en los ataques del 11S se dan estos requisitos. Si la respuesta es afirmativa, el derecho a la legítima defensa de los Estados Unidos estaría justificado.

Sin embargo, no existen pruebas, al menos que se conozcan, de que el Estado afgano enviara a los terroristas o de que estos actuaran en su nombre, por lo que los terroristas no pueden ser considerados como «agentes» que actuaban por cuenta del Estado. El hecho de que el Gobierno talibán brindara apoyo logístico y permitiera que células de la red terrorista responsable de los ataques operaran en su territorio, incluso negándose siempre a entregar a su máximo dirigente ante los Estados que reclamaban su extradición, constituye una clara violación del derecho internacional⁽³⁵⁾, pero se

(32) A tenor del artículo 4 de la Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas la enumeración del artículo anterior «no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar que otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta».

(33) Los actos contemplados por el artículo 3, independientemente de que haya o no declaración de guerra, son los siguientes: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado.

(34) BERMEJO GARCÍA, R., «El derecho internacional frente al terrorismo: ¿nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre?», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 17, 2001, p. 16.

(35) Resolución N.º 2625 (XXV), adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

hace necesario preguntarse si esta conducta supone una participación sustancial en los atentados del 11S.

En este punto adquieren relevancia las reglas de atribución a un Estado de los hechos ilícitos internacionales realizados por particulares, asunto que la Corte Internacional de Justicia (o «CIJ») trató en el Asunto Nicaragua de 1986. Mediante esta sentencia la CIJ entiende que, para que un ataque armado le sea atribuible, el Estado debe ejercer un «control efectivo» sobre las operaciones de los particulares, no bastando para imputar a un Estado un ataque realizado por un grupo armado particular, el que éste los financia, apoye y ayude en su lucha armada⁽³⁶⁾. De aplicar esta doctrina (doctrina del «control efectivo») para imputar a Afganistán los ataques del 11S habría que probar no sólo que estaban al tanto de los mismos, sino que su Gobierno tenía el control efectivo de la operación. Ni siquiera bajo la concepción del «control general» pueden atribuirse las acciones del grupo terrorista a Afganistán. Según la sentencia del TPIY en el caso *Tadic*⁽³⁷⁾, el Estado no sólo debe financiar las operaciones de los particulares, sino que al menos debe ayudar y coordinar de manera general la planificación de la actividad militar⁽³⁸⁾.

Descartados así los supuestos enumerados en el artículo 3 de la Resolución N.º 3314, en tanto que los actos terroristas no tienen cabida entre los mismos, hay que traer a colación el artículo 4, el cual deja a salvo la facultad del CS para calificarlos como agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta. Cabe aquí preguntarse si el CS ha determinado que los ataques del 11S constituyen un acto de agresión. La respuesta no es clara pues las resoluciones N.º 1368 y 1373 (2001) no utilizan este término expresamente. En principio pudiera parecer que el CS haya iniciado este cambio y que la mención a la legítima defensa en estas resoluciones sea un inicio de equiparación entre los actos terroristas y el ataque armado a un Estado⁽³⁹⁾. Sin embargo, esta interpretación no es

y a la cooperación entre Estados de conformidad con la CNU. Párr. 8 y 9: «*Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado* » y «*Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza* »

(36) Asunto relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986, párr. 115, «todas las modalidades de participación de los Estados Unidos mencionadas, e incluso el control general ejercido por estos sobre una fuerza extremadamente dependiente a su respecto, no significaría por sí mismas, sin prueba complementaria, que los Estados Unidos hayan ordenado o impuesto la perpetración de actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado demandante (...). Para que la responsabilidad jurídica de estos últimos esté comprometida, debería en principio probarse que tenía el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en las que se cometieron las violaciones en cuestión».

(37) Appeals Chamber the Prosecutor v. Dusko Tadic, case n.º IT-94-1- A, judgement, 15 julio 1999.

(38) MORENO FERNÁNDEZ, A. «La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 12, 2006.

(39) De una lectura literal de los documentos se podría inferir que los atentados contra los EEUU no han sido considerados por el CS como ataques armados, dado que ninguna de las resoluciones menciona dicho término de forma expresa. Sin embargo, algunos autores entienden que el reconocimiento del derecho de legítima defensa





EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

compartida por un sector de la doctrina⁽⁴⁰⁾ que considera que el hecho de que el CS haya omitido el vocablo «armado» después de referirse a los hechos del 11 de septiembre no permite que se active el derecho al ejercicio de la legítima defensa.

La conclusión que se desprende es que la acción armada de EEUU contra Afganistán no puede fundarse en el art. 51 de la Carta, pues a éste último no le ha sido imputada la autoría (ni directa ni indirecta) del ataque, dado que no poseía el grado de control necesario (según las normas que rigen la responsabilidad internacional de los Estados) para que le resultaran atribuibles los atentados ejecutados por Al Qaeda. Para que el ejercicio de la legítima defensa hubiese resultado pertinente frente a Afganistán debería haberse establecido una relación de causa-efecto entre dicho Estado (en cuyo territorio se situaban las bases de Al-Qaeda) y los ataques a las Torres Gemelas. No obstante, surge aquí otro problema en relación con el objetivo de la legítima defensa. Sabemos que la red de células de Al-Qaeda se extendía a través de muchos más países. Así las cosas, ¿cómo es posible delimitar los Estados a los que dirigir la acción? Atacar a todos es una idea imposible, ya que daría lugar a una tercera guerra mundial basada en un «todos contra todos». Parece que el criterio que siguió EEUU se basó en sus intereses propios y en el intento de consolidación de su posición hegemónica en el mundo⁽⁴¹⁾.

De todo lo dicho se deduce que la identificación de Afganistán como país enemigo realizada por la Administración Bush parece no haberse ajustado al Derecho Internacional vigente, además de haberse realizado una extensión indebida de la legítima defensa en cuanto excepción a la prohibición general del uso de la fuerza. Hay que tener en cuenta que, mediante la aceptación de esta reinterpretación, la comunidad internacional, corre el riesgo de transformar un derecho defensivo excepcional en un instrumento de intervención forzosa sin límites⁽⁴²⁾, llegando así a un círculo vicioso en el que la guerra, con sus devastaciones, solamente agrave los problemas que pretendía resolver. Ante esta realidad, creo que tiene razón FERRAJOLI al afirmar que la guerra «puede satisfacer la sed de venganza, pero siempre causando daño a víctimas inocentes. Puede galvanizar y movilizar a las opiniones públicas. Pero desde luego no sirve para golpear las mil cabezas de las organizaciones terroristas, sino que por el contrario más bien las refuerza»⁽⁴³⁾

en la resolución 1368 (2001) equivaldría a una aceptación implícita de que los actos del 11 de septiembre constituyen ataques armados en el sentido el artículo 51 de la Carta (POZO SERRANO, P. «La Carta de Las Naciones Unidas y el Régimen Jurídico del Uso de la Fuerza: algunos problemas de interpretación actuales», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Vol. 1., Núm. 1/2013, p. 79).

(40) ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «La operación libertad duradera y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2006, p. 42.

(41) MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La sociedad internacional en la era de la mundialización: hacia un nuevo e inadecuado concepto de la legítima defensa» en MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO y URREA CORRES (Coord.), op.cit., p. 237

(42) TAMS, Christian., J. «The use of Force against Terrorists», *European Journal of International Law*, Vol. 20, núm. 2, p. 392.

(43) FERRAJOLI, L., «Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político», op.cit, p. 23.



2.2. *Respuestas al terrorismo internacional*

La controversia sobre la legalidad de la respuesta a los atentados del 11S nace del problema de encajar estos ataques en alguna de las categorías de la legalidad internacional. Generalmente, la comisión de actos terroristas y su tentativa son tipificados como crímenes o delitos por las legislaciones penales de los diferentes países. De este modo, pudo haberse recurrido a la Corte Penal Internacional o a cualquier otra instancia creada ad hoc por el Consejo de Seguridad. Los ataques terroristas ofrecieron así una oportunidad de oro para crear un tribunal antiterrorista y reforzar el multilateralismo⁽⁴⁴⁾.

Por otro lado, cabe plantearse si estos ataques supusieron una amenaza a la paz de conformidad con el artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas. Esta cuestión es de vital importancia, dado que dicha calificación constituye el requisito *sine qua non* para el ejercicio de los poderes del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta. Obsérvese que los atentados del 11S indujeron al CS a reafirmar su postura de considerar todos los actos de terrorismo como amenazas a la paz y a la seguridad internacionales⁽⁴⁵⁾. A pesar de que la respuesta estadounidense a estos ataques se caracterizó por desnaturalizar el verdadero sentido de la legítima defensa pasando por alto el derecho internacional, la lucha contra el terrorismo es una tarea de la comunidad internacional en su conjunto. Por ello, en lugar de plantearse desde el ámbito de una legítima defensa individual, esta lucha debe enmarcarse dentro de una defensa colectiva, otorgando preeminencia a las soluciones multilaterales. En efecto, la derrota del terrorismo y, en particular, del terrorismo islámico requiere del compromiso y la acción coordinada de todos los Estados. De esta forma, deben incluirse medidas preventivas, a través de los servicios de inteligencia, la cooperación internacional en materia de intercambio de información y la lucha contra la financiación de las actividades terroristas. Todo ello de conformidad con el marco de Naciones Unidas y con la Carta, ya que este órgano internacional es el único legitimado para construir la paz internacional. No obstante, debemos preguntarnos si el sistema vigente se encuentra preparado para enfrentar el desafío que supone el terrorismo. Habida cuenta de que ese no es el tema abordado en el presente trabajo, solo cabe incitar a la reflexión, sin perder de vista el papel de las Naciones Unidas como principal elemento del multilateralismo del siglo XXI.

(44) IBARZ PASCUAL, E. «La guerra justa en la era del terror», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 81, 2008, p 251. Este autor recuerda que la evolución tanto del derecho como de las instituciones viene dada, la mayoría de las veces por la necesidad de enfrentarse a una nueva situación. Sin embargo, de la lectura de los hechos se desprende que la política exterior estadounidense no estaba dispuesta a sacrificar su unilateralismo para favorecer la solución a través de instituciones multilaterales.

(45) Véanse, entre otras, las resoluciones 1368,1373 (2001) con motivo del 11S; Resolución 1530 (2004) con motivo del atentado de Madrid de 2004 o la Resolución 1611 (2005) con motivo del atentado de Londres de 2005.



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

III. DE LA INVOCACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A LA DOCTRINA BUSH DE LA GUERRA PREVENTIVA

Si bien la invasión a Afganistán por parte de EEUU fue repudiada por determinados sectores de la sociedad internacional, no es menos cierto que encontró algún eco y justificación en una buena parte de dicha sociedad. Sin embargo, en el caso de la guerra de Irak (2003) la situación se planteó de un modo totalmente distinto. Sin el apoyo del Consejo de Seguridad y sin el apoyo completo de la OTAN, EEUU trató de justificar la guerra que llevaría a cabo basándose en su seguridad nacional y en la defensa de los valores democráticos, elaborando una doctrina que atribuye a este país el derecho de atacar a título preventivo a los terroristas y a sus encubridores en el contexto de una guerra de largo alcance contra el terrorismo. Así, la articulación jurídica del nuevo concepto defensivo norteamericano se realizó en torno al concepto de «guerra preventiva» o «legítima defensa preventiva». La fórmula de la prevención consiste en eliminar amenazas latentes, aduciendo que el peligro que plantean es tan elevado que no se puede esperar a que la amenaza se materialice porque el daño ya sería inevitable.

La plasmación oficial de esta doctrina (conocida como la «doctrina Bush» sobre la acción preventiva) se halla en la Estrategia de Seguridad Nacional de 2002 (*National Security Strategy* o «NSS») que “condensa en ella un engranaje a tres bandas entre el bien en peligro (la seguridad), la causa de la amenaza (el terrorismo) y el instrumento para evitarla (la guerra)”⁽⁴⁶⁾. A pesar de que la NSS tenía por objeto la «guerra contra el terrorismo», mal escondió entonces el propósito definido de invadir Irak. De este modo el compromiso norteamericano de combatir el terrorismo tras el 11S brindó la cobertura perfecta para iniciar la incursión bélica en Irak dos años después. Ante la ausencia de la tradicional amenaza, los líderes norteamericanos vieron una oportunidad de prevenir futuros conflictos utilizando el discurso de la defensa preventiva como instrumento al servicio de sus intereses. Mediante este discurso la lucha contra el terrorismo fue asumida como el nuevo paradigma mundial, en una suerte de destino global que tendría por objeto universalizar los pilares de la libertad y la igualdad en contraposición a los Estados canallas, delincuentes o fallidos (*rogue state* s). De forma simplista, se puede decir que este discurso gira sobre la necesidad de ganar la guerra contra los terroristas sin hacer distinción entre éstos y quienes a sabiendas les presten refugio o asistencia. En ocasiones estos Estados son identificados con nombres concretos como Irak, Corea del Norte o Irán; tríada de Estados denominada por la Administración Bush como «eje del mal» («*axil of evil* »)⁽⁴⁷⁾. De este modo, el gobierno estadounidense calificó de manera unilateral quien era su enemigo configurando el panorama internacional como un escenario donde se desarrolla una lucha titánica entre el «Bien» y el «Mal». Las propias palabras de Bush sirven de confirmación: «nuestra responsabilidad con la Historia es

(46) ALDAVE OZAIZ, A y CAMPIONE R., op.cit.

(47) Esta expresión fue empleada por primera vez en el discurso sobre el Estado de la Unión que pronunció el presidente Bush el 29 de enero de 2002 en el que afirmó: «los Estados como estos y sus aliados terroristas constituyen un eje del mal, que recurre a las armas para amenazar a la paz del mundo». Véase SORIANO, R., MORA J. J. (coord.) *El Nuevo Orden Americano, ¿la muerte del derecho?*, Editorial Almuzara, 2005, voz «Eje del Mal», pp. 21-22.



completamente clara (...) librar al mundo del Mal»⁽⁴⁸⁾. De ahí que uno de los logros de la administración Bush fuera la instalación de un discurso basado en la bipolarización ética del mundo, dividiéndolo entre los «buenos» y los «malos»⁽⁴⁹⁾ e imponiendo un llamado imperativo a tomar posición con uno o con otro. La exigencia era clara: se estaba con EEUU –y, por tanto, se le apoyaba en las medidas tomadas y se generaban iniciativas en la misma dirección–, o se estaba contra él y, en consecuencia, se asumía la categoría de sostén de los terroristas, corriendo el riesgo de enfrentar las acciones del gobierno norteamericano⁽⁵⁰⁾.

Bajo esta dinámica, la administración Bush urdió una estrategia para evitar ser tachada de agresora internacional, centrando sus esfuerzos en reestructurar el derecho de legítima defensa de manera interesada para dar cabida a las acciones preventivas⁽⁵¹⁾. Sobre la base de la amenaza terrorista, EEUU justificó la noción de guerra preventiva como una responsabilidad⁽⁵²⁾ aplicando directamente esta concepción con ocasión de la guerra de Irak. La motivación de esta intervención aún está sometida a debate y polémica. La justificación original –la posesión de armas de destrucción masiva⁽⁵³⁾– fue cambiando hacia la necesidad de intervenir para cambiar de régimen, derribar a Sadam Hussein e imponer la democracia liberal como forma de gobierno. No obstante, lo que es indudable es que Irak no había atacado previamente a EEUU, si bien era considerado por el gobierno norteamericano como una amenaza por su complicidad con el terrorismo.

El concepto sobre el que pivota toda la cuestión, el «ataque preventivo» resulta muy polémico, en parte porque la administración estadounidense jugó con la indeterminación de la diferencia entre la guerra preventiva y la guerra anticipatoria, cuyas diferencias trataremos de ver a continuación.

1. Guerra preventiva vs. guerra anticipatoria

Una de las grandes críticas a la doctrina sobre las guerras preventivas se centra en el lenguaje desafortunado y lleno de riesgos utilizado por la administración Bush.

(48) Discurso en *The National Cathedral*, Washington D.C., 14 de septiembre de 2001.

(49) Instaurando así un trasfondo de contenido moral que no contiene la CNU. En la CNU la utilización de la fuerza es legal (si se efectúa en legítima defensa o por disposición del Consejo en base al Capítulo VII) o es ilegal (si se lleva a cabo fuera de los mecanismos anteriores).

(50) GUTIÉRREZ, C., «Los primeros efectos en América Latina luego del 11 de septiembre de EEUU», *Estudios Militares*. Santiago de Chile: centro de Estudios Estratégicos. Año 2, núm. 3, p. 5

(51) GAMARRA CHOPO, Y., «La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada», *Revista CIDOB d' Afers Internacionals*, núm. 77, 2007, p. 231.

(52) Es interesante que el presidente José M. Aznar apeló repetidas veces a su «responsabilidad» como una de las explicaciones a su apoyo a la guerra contra Irak. La responsabilidad de los políticos es enarbolada frente a unos ciudadanos que emotivamente se oponen a la guerra, pero no ven los peligros del terrorismo internacional (AGUIRRE, M., «La estrategia de seguridad en la nueva época Bush: la guerra preventiva y la ideología del imperio», *Revista Internacional de Filosofía Política*, vol. 21, 2003, p. 242).

(53) GAMARRA CHOPO, Y., op.cit., p. 234. La autora considera las armas de destrucción masiva como un «factor bisagra» cuando es oportuno desempolvar la institución de la defensa preventiva, al menos para la administración de Estados Unidos.



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

Si bien la NSS utiliza el vocablo *preemptive (war)*, el contenido que se le asigna a esta expresión no es el que la doctrina anglosajona le ha dado tradicionalmente, desdibujando las diferencias entre los conceptos de *preemption* y *prevention*. Para la doctrina anglosajona *preemption* consiste en golpear al enemigo mientras prepara el ataque, es decir, dar respuesta a una agresión inminente, a punto de llevarse a cabo; significado diferente a *prevention*, que implica golpear al enemigo incluso ante la ausencia de una evidencia específica de un ataque próximo en base a la mera apreciación subjetiva de amenazas potenciales. Por tanto, teóricamente, los conceptos clave que diferencian la guerra defensiva de la anticipatoria son los de ataque e inminencia. Ahora bien, ¿cuándo es una amenaza inminente? WALZER nos dice que «tanto los individuos como los Estados pueden defenderse con justicia a sí mismos de una violencia que sea inminente, aunque aún no haya tenido lugar; pueden disparar los primeros tiros si saben que están a punto de ser atacados»⁽⁵⁴⁾. Por esta razón el ataque sólo está justificado cuando hay certeza de la inminencia de un ataque, asimilando así la guerra preventiva (*preemptive*) con la defensa propia, mientras que, en la guerra anticipatoria (*preventive*) el requisito de inminencia es más relajado.

En consecuencia, si bien la doctrina Bush hace referencia al concepto de *preemption*, su filosofía se aproxima más al término *prevention*, puesto que admite la utilización de la fuerza frente a meras sospechas de posibles ataques, tal y como ocurrió en Irak. En este contexto lo que propone la doctrina Bush es la sustitución del concepto de amenaza inminente por el de amenaza suficiente: «Estados Unidos ha mantenido desde hace tiempo la opción de acciones preventivas para contrarrestar una amenaza suficiente a nuestra seguridad nacional»⁽⁵⁵⁾. Conscientes de la decisiva falta de legitimidad de este nuevo concepto, los redactores de la NSS añaden: «Estados Unidos no utilizará la fuerza en todos los casos para prevenir las amenazas emergentes, ni las naciones pueden usar la prevención como pretexto para la agresión»⁽⁵⁶⁾. Es, en este punto, donde las cosas se vuelven tormentosas pues cuando se desdibuja la inminencia también el derecho a defenderse se difumina, lo que abre el campo a posibles justificaciones de guerras que se mueven en esa zona gris de indeterminación⁽⁵⁷⁾. Consagrar la doctrina del «ataque preventivo» sería dar cobijo a cualquier país para que pudiera justificar acciones por la fuerza ante sospechas más o menos fundadas. Se ha dicho que las armas de hoy, especialmente por sus posibles efectos inmediatos y devastadores, obligan a no esperar a que el ataque se produzca y que hay que responder antes para impedirlo, ya que de lo contrario sería imposible toda respuesta. No obstante, de acuerdo con GROS ESPIELL «el enorme peligro –tan grande o mayor que el que podría resultar de un presumido ataque–

(54) WALZER, M. *Guerras justas e injustas*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 117

(55) Estrategia de seguridad nacional de Estados Unidos, 17 de septiembre de 2002. Anexo documental contenido en MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO y URREA CORRES (Coords.), op.cit, p. 455.

(56) *Ídem*.

(57) PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la guerra preventiva», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, p.200.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

de que una agresión se disfrace de defensa ante un presunto o presumible ataque armado, se antepone y domina todo planteamiento de la cuestión»⁽⁵⁸⁾

La política de la prevención se centra en la capacidad de un Estado para desencadenar un ataque, más que en su intención de hacerlo, por lo que el uso de esta política puede (y así ha sucedido) provocar un aumento del uso de la fuerza y ser utilizada por los Estados ante situaciones de tensión entre ellos. Ahí está el peligro. Esta argumentación convierte al Estado que pretende «defenderse» en un potencial atacante preventivo ante cualquier cosa que considere amenaza, por lo que prácticamente cualquier cosa puede llegar a convertirse en *casus belli* y todo opositor puede convertirse en enemigo. En palabras de BROWN «la guerra, antes instrumento excepcional de la política, se convierte en elemento cotidiano de esta»⁽⁵⁹⁾, produciéndose así una inseguridad jurídica total.

2. La guerra preventiva desde la perspectiva de la doctrina de la guerra justa (*bellum iustum*)

2.1. Breve referencia a la doctrina de la guerra justa⁽⁶⁰⁾

De entrada, la teoría de la guerra justa supone una posición intermedia (siguiendo a RUIZ MIGUEL⁽⁶¹⁾) entre dos extremos: el *belicismo absoluto*, que corresponde a aquellas doctrinas que tienden más a justificar que a impugnar la justicia de la guerra; y el *pacifismo absoluto*, según el cual no cabe justificar ninguna guerra dado que la paz es el valor prioritario. La doctrina de la guerra justa se configura como una tradición de pensamiento que supone un intento de justificar la violencia entre Estados bajo determinadas circunstancias. Así, esta doctrina nace de la contradicción de considerar la guerra como un fenómeno que debe ser limitado y, a la vez, tener que aceptarla bajo determinadas circunstancias para evitar males mayores.

Las primeras elaboraciones sobre los casos en los que existe el derecho a acudir a la guerra surgen desde antiguo, recorriendo varios siglos y corrientes de pensamiento, por lo que las posturas sobre la guerra son muchas y heterogéneas. Se observan referencias a la idea de justicia en la guerra ya desde las obras políticas de Platón o Aristóteles en Grecia, o de Cicerón en Roma, consolidándose como un cuerpo coherente de pensamiento durante la Edad Media, con las doctrinas eclesiásticas de Agustín de Hipona y, posteriormente, Tomás de Aquino, los cuales se apartaron de los planteamientos pacifistas primigenios de la Iglesia Católica, con el objetivo de legitimar la guerra en ciertos casos y establecer, al mismo tiempo, límites a su ejercicio. En un intento de

(58) GROS ESPIELL, H., «La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak», *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, núm. 4, 2004, p. 881.

(59) BROWN, J. «Teoría del bombardeo humanitario (ensayo sobre algunos aspectos de la dominación neoliberal», *RIFP*, Madrid, N.º. 21, p. 99.

(60) Para un desarrollo en profundidad véase CAMPIONE, R., *El nomos de la guerra. Genealogía de la guerra justa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

(61) RUIZ MIGUEL, A., *La justicia de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 102 y siguientes.



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

establecer el vínculo entre la tradición filosófica y el cristianismo, Tomás de Aquino (1224-1274) escribió su obra *Summa Theologica*, en la que planteó y desarrolló los postulados de San Agustín, enumerando las tres condiciones para que una guerra sea justa, vale decir: la autoridad del príncipe, por cuyo mandato se ha de hacer la guerra (*auctoritas principis*), una causa justa (*iusta causa belli*) y una intención recta por parte de los combatientes (*recta intentio*)⁽⁶²⁾.

Años más tarde, esta doctrina fue desarrollada por el dominico Francisco de Vitoria (1492-1546), quien recogió los planteamientos de San Agustín y Santo Tomás, manteniendo la idea de que una guerra es justa si es en legítima defensa frente a una agresión exterior y legitimando la guerra ofensiva cuando esta tenga como fin asegurar la justicia y la paz. Así, Vitoria, en el marco de un nuevo escenario internacional producto de la conquista de América por parte de la Corona Española, va un paso más allá y amplía la noción de guerra justa legitimando la guerra ofensiva y no solamente la defensiva⁽⁶³⁾. El desarrollo medieval de la doctrina de la guerra justa culminará con la obra de Hugo Grocio (1583-1645), jurista holandés que contribuyó decisivamente a la secularización de la teoría que hasta entonces habían desarrollado los teólogos cristianos, mediante su libro *De Iuri Belli ac Pacis* (1625). Con el fin de la Guerra de los Treinta Años y los acuerdos conseguidos en los Tratados de Westfalia de 1648, el sistema internacional, bajo el principio de igualdad soberana de los Estados, dejó de lado la reflexión sobre la causa justa de la guerra, sustituyéndola por los requisitos formales de guerra que establecía cada Estado. En este contexto, la doctrina de la guerra justa se vuelve anacrónica⁽⁶⁴⁾. De hecho, el derecho internacional se identifica con el *ius publicum europeam* hasta poco después de la I Guerra Mundial cuando surge, como se ha visto anteriormente, la necesidad de restringir la guerra.

2.2. La defensa preventiva ¿retorno a la doctrina de la guerra justa?

La promulgación de la ONU en el año 1945 cerró la clásica polémica sobre la guerra justa al declarar la guerra un ilícito internacional, al menos en términos de legitimidad internacional⁽⁶⁵⁾. El sistema normativo actual no contiene valoraciones morales sobre la

(62) CAMPIONE, R., op.cit, 2009, pp. 101-103.

(63) VITORIA, F. De., *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Madrid, Espasa-Calpe, 1946, p. 112: «La guerra fue lícita en la ley natural, como consta en Abraham que peleó contra cuatro reyes (Génesis, 14). Y lo mismo en la ley escrita, en la cual tenemos el ejemplo de David y los Macabeos. Por otra parte, la ley evangélica no prohíbe nada que sea lícito por ley natural, como elegantemente enseña Santo Tomás en la *Prima Secundae*, cuestión 107, art. último; por lo cual es llamada ley de libertad (Santiago, 1. y 2.). Luego, lo que es lícito en las leyes natural y escrita, no deja de serlo en la ley evangélica. Y esto que no puede ponerse en duda, tratándose de la guerra defensiva, puesto que es lícito repeler la fuerza con la fuerza (Digesto, *De justitia et jure*), se prueba en cuarto lugar con respecto a la guerra ofensiva, en la cual no sólo se defienden o se reclaman las cosas, sino que además se pide satisfacción de una injuria»

(64) BACCELLI, L., «De Salamanca a Oslo. Metamorfosis de la guerra justa», en CAMPIONE, R. y RUSCHI, F. (Coord.), op.cit. (en prensa)

(65) RAMÓN CHORNET, C. «Sobre la legitimidad internacional de las guerras preventivas» en MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO J.M y URREA CORRES M. (Coord.) op.cit., p. 203.

justicia de la guerra: la Carta prohíbe cualquier amenaza o utilización de la fuerza por parte de los Estados, sin pronunciarse sobre su benevolencia o malevolencia. La guerra solo puede ser legal (si se efectúa en ejercicio de la legítima defensa o por disposición del CS) o ilegal (fuera de los mecanismos institucionales establecidos en la Carta). Sin embargo, con la redefinición expansiva de la legítima defensa tradicional para dar entrada a las acciones preventivas se pretende actualizar esa clásica visión del uso de la fuerza invocando una «causa justa». En este sentido, los partidarios de las guerras en Irak y Afganistán han indicado que el problema era más de legitimidad que de legalidad. Se ha sostenido que, aunque las acciones en Irak podían ser ilegales, en cualquier caso, eran legítimas, en el sentido de que eran justas. Inclusive cuando las supuestas armas de destrucción masiva no aparecieron en Irak, algunos políticos argumentaron que, de todos modos, seguían apoyando la guerra porque había acabado con un dictador, como lo han hecho el ex presidente José María Aznar o el ex primer ministro británico Tony Blair⁽⁶⁶⁾, quién recientemente pidió disculpas por las consecuencias de su decisión de iniciar el conflicto.

Se observa cómo, en oposición a la Carta de Naciones Unidas, la doctrina Bush tiene un trasfondo de contenido moral: se califica a Irak, Irán y Corea del Norte como países que pertenecen al «eje del mal». Los EEUU formulan así su estrategia de seguridad nacional con base en un sentimiento de superioridad que recuerda a la doctrina tomista de la guerra justa⁽⁶⁷⁾, la cual es plenamente aplicable a la situación planteada por el presidente Bush tras el 11S⁽⁶⁸⁾. Como bien expresa BACCELLI «la tesis sobre la fundamentación universalmente válida de los derechos y sobre la guerra como instrumento para imponerlos, elaboradas en la época de la expansión imperial europea, son propuestas de nuevo en la época de la globalización»⁽⁶⁹⁾.

Para la administración Bush la *iusta causa belli* tomista se materializó en la necesidad de dar respuesta a los atentados del 11S, los cuales constituyeron una autentica ofensa contra el pueblo estadounidense. Se ha visto como interpretando laxamente los requisitos para el ejercicio de la legítima defensa, tal vez podría hablarse de una causa justa en la invasión de Afganistán, por tolerar este país la circulación y ubicación de células de Al-Qaeda en su territorio. Sin embargo, cabe preguntarse si en el caso de Irak existe esta *iusta causa*, al no haber habido agresión alguna por parte del gobierno iraquí, sino tan sólo sospechas de la posesión de armas de destrucción masiva. Para entender este análisis que hace el gobierno norteamericano hay que situarse en la lógica que impregnó el país desde los ataques del 11S. Los objetivos principales de la administración Bush son el establecimiento de un orden internacional favorable a los valores e intereses de EEUU, así como evitar el ascenso de una potencia hegemónica regional

(66) ÁLVAREZ MOLINERO, N., «Legalidad y legitimidad en el uso de la fuerza», FRIDE, comentario, julio de 2008, disponible en <http://fride.org/publicacion/457/legalidad-y-legitimidad-en-el-uso-de-la-fuerza> (último acceso: junio de 2016).

(67) CARO GARZÓN, O.A., «La doctrina Bush de la Guerra Preventiva: ¿Evolución del “ius ad bellum” o vuelta al Medioevo?», *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, núm. 105, 2006, p. 422.

(68) *Ibidem*. pp. 422-424.

(69) BACCELLI, L., op.cit.



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

que le desafíe. Hay que resaltar que el interés de Bush por Irak era anterior a la guerra contra el terrorismo. No es sorprendente, por tanto, que la política adoptada por EEUU fuera, no sólo la de derribar a Saddam, sino también toda su estructura de poder para así establecer un gobierno pro-americano⁽⁷⁰⁾. No obstante, EEUU no ha podido demostrar creíblemente que Irak fuera a utilizar armas de destrucción masiva contra Occidente, por lo que se puede concluir que no parece haber existido una causa justa. En tercer lugar, Santo Tomás establece que debe ser recta la intención de los combatientes: que se intente el bien o que se evite el mal. En esto la doctrina Bush es clara, ya que parte de la superioridad moral de los valores de Occidente. De esta manera, EEUU ha hecho suya la responsabilidad de construir un mundo mejor, tratando de imponer de forma unilateral su hegemonía política, militar y económica⁽⁷¹⁾. Como bien señala BACCELLI⁽⁷²⁾, la posición adoptada por EEUU recuerda al planteamiento desarrollado por Francisco de Vitoria en el siglo XVI. Según este autor existen derechos humanos absolutos y universales, pero falta un poder superior al de los Estados soberanos: un príncipe justo que se convierte en una especie de juez situado por encima de las comunidades políticas. Mediante una utilización ideológica de los derechos humanos, los EEUU se han colocado por encima del ordenamiento internacional, en la misma posición que el príncipe justo de Vitoria.

En conclusión, la doctrina Bush de la guerra preventiva contiene claros elementos de la doctrina medieval de la guerra justa, aproximándose más a ésta que al sistema actual de las Naciones Unidas. En este sentido, recuerda FERRAJOLI⁽⁷³⁾ que, aunque la doctrina de la guerra justa fue concebida en sus inicios como medio para frenar la guerra cuando esta era asumida como recurso ordinario de solución de las controversias, con la Carta de la ONU se excluyó como mecanismo jurídico, habiendo sido desempolvada de forma inapropiada por algunos Estados para justificar conflictos bélicos contemporáneos.

IV. CONCLUSIONES

1. Tradicionalmente, el uso de la fuerza ha sido un medio admitido como forma de solucionar controversias entre los Estados. Sin embargo, las dos grandes guerras mundiales propiciaron un cambio de actitud por parte de la comunidad internacional en cuanto a sus relaciones internacionales. Así, el uso de la fuerza

(70) GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., «Una Estrategia de primacía: Gran estrategia, la Administración Bush y la nueva estrategia de seguridad nacional de EE. UU», UNISCI *Discussion Papers*, núm. 1, 2003, p. 11.

(71) No es difícil encontrar, en los informes de los asesores de la por entonces administración estadounidense y en los discursos del presidente Bush, ciertos ecos a la obra del historiador griego Tucídides sobre las guerras del Peloponeso: la democrática y civilizada Atenas no advirtió los peligros que para la conservación de su imperio suponía la emergente y militarizada Esparta, que finalmente la dominó y acabó con ella. De la misma manera si EEUU (la nueva Atenas), no sabe o no se preocupa de cortar las alas a su enemigo (el terrorismo islámico promovido o ayudado por Estados musulmanes), no estaríamos aprendiendo de los errores históricos cometidos por grandes potencias que no supieron ver los riesgos de poderes emergentes [SORIANO GONZÁLEZ, M.L., «La teoría de la guerra justa en los presidentes estadounidenses George Bush y Barack Obama», ponencia en el I Congreso Internacional de Estudios Militares, disponible en: <http://estudiosmilitares.es/> (última consulta: junio 2016)]

(72) BACCELLI, L., op.cit.

(73) FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 27-35.



- por parte de los Estados se fue limitando progresivamente, en especial tras la I Guerra mundial y, de forma definitiva, tras la II Guerra mundial.
2. De esta forma, la Carta de Naciones Unidas prohibió, en 1945, el recurso a la guerra en las relaciones internacionales de forma rigurosa, pero no absoluta, ya que admite dos excepciones: la primera de ellas corresponde al derecho de legítima defensa del artículo 51 y la segunda a las medidas coercitivas armadas del artículo 42, dentro del sistema de seguridad colectiva. Indudablemente, estas excepciones son necesarias para proteger a los Estados y mantener la paz y seguridad internacionales. El problema es que sus límites no están perfectamente definidos y esto puede dar lugar a la situación –y, de hecho, así ha ocurrido– de que traten de reinterpretarse para incluir situaciones que poco tienen que ver con las previsiones iniciales de la Carta.
 3. Las reinterpretaciones que se han querido hacer en los últimos años se deben, principalmente, al surgimiento de un nuevo reto en el paradigma internacional actual: el terrorismo internacional. El problema viene dado porque no todos los Estados se han unido frente al terrorismo en la misma lucha. Si bien la amenaza terrorista podría haber servido como un medio de cohesión social propiciador de una verdadera cooperación internacional frente al enemigo común, la realidad nos dice que ha alimentado aún más la división entre Oriente y Occidente.
 4. Los atentados del 11 de septiembre de 2001 sufridos por Estados Unidos implicaron una prueba importante en relación a la virtualidad y eficacia del derecho para prevención y perseguir el terrorismo. La reacción de este país al declarar la «guerra global contra el terrorismo» tras los atentados supuso un cambio en la dinámica de las relaciones internacionales. Se desató así una nueva etapa caracterizada por la existencia de conflictividad a nivel global. La propia naturaleza de esta «guerra», al definir al enemigo como el difuso «terrorismo» o, más intangible aún, como «terror», ha hecho que sea un conflicto incontrolable sin límites espaciales o temporales.
 5. El propio ámbito de la guerra contra el terrorismo con las guerras en Afganistán e Irak, en los años 2001 y 2003 respectivamente, ha supuesto la existencia de una campaña de fuerza militar que ni siquiera ha sido capaz de acercarse a la eliminación de la actividad terrorista. Declarar y empezar una guerra contra el terrorismo ha creado y potenciado una espiral de violencia que parece no tener fin. Por ello, parece difícil argumentar que la guerra contra el terrorismo haya hecho del mundo un lugar más seguro, sino que en muchos aspectos esta guerra ha sido un ejercicio inútil e incluso contraproducente.
 6. Las medidas inmediatas adoptadas por Estados Unidos, encarnadas en la invasión de Afganistán se justificaron en una apelación genérica al concepto de legítima defensa recogido en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. Aun reconociendo la injusta barbaridad de los ataques del 11 de septiembre, no parece que, a la luz del derecho internacional, quepa el derecho de legítima defensa por parte de Estados Unidos frente a Afganistán pues a este último no le ha sido imputada la autoría del ataque. Afirmar la existencia de legítima defensa conlleva una desnaturalización del concepto de esta institución; proceso



EL USO DE LA FUERZA EN LEGÍTIMA DEFENSA Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO...

que no está exento de peligros, ya que abriría la puerta completamente al uso de la fuerza en estas situaciones.

7. La intervención tras los ataques del 11 de septiembre debería de haberse realizado en el marco de las Naciones Unidas, en cuanto es el único organismo institucional para construir la paz, y no utilizando la figura de la defensa preventiva. Esta figura se convirtió en el eje central de la estrategia de seguridad nacional estadounidense del año 2002 y en ella se basó su invasión a Irak en el año 2003. Defender esta doctrina sobre la defensa preventiva supone el triunfo del unilateralismo sobre el multilateralismo en las relaciones internacionales. Lejos de convertirse en una institución útil para luchar contra el terrorismo, su uso podría convertirse en una amenaza para la seguridad global. De utilizarse, supondría una vuelta a la autotutela y autorizaría a cada Estado a hacer justicia por sí mismo en base a sus propios intereses lo que desencadenaría, aún más, la desigualdad entre los Estados.
8. La actuación de los Estados Unidos supuso la intensificación de la doctrina de la guerra justa que había perdido su aplicación tras la Paz de Westfalia de 1648. De esta forma, la rehabilitación de este viejo debate sobre el pretendido derecho a la guerra supone contribuir a legitimar los intereses políticos de cualquier Estado, que tendría carta blanca para atacar otro Estado basándose en una amenaza no probada. Se pretende así, que la guerra no sea un crimen internacional sino, de nuevo, según la conocida expresión de Clausewitz «la continuación de la política por otros medios».
9. En este punto la comunidad internacional debe plantearse si se prefiere construir la paz a través de la reinterpretación interesada del Derecho realizada sobre intereses políticos y económicos o si es más conveniente trabajar desde el multilateralismo, cooperando para evitar el estallido de los conflictos y participar en la creación de un sistema mundial más democrático, solidario y justo.
10. Esta lucha coordinada pasa porque los Estados superen sus diferencias, a fin de, por un lado, adoptar una convención general contra el terrorismo, teniendo en cuenta sus causas y regulando de manera más específica este fenómeno y, por otro lado, reforzar el sistema de las Naciones Unidas mediante la cooperación necesaria de todos sus miembros.







LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

MARÍA RODRÍGUEZ LÓPEZ

Universidad de Oviedo

RESUMEN

Se analizan en este trabajo algunas de las cuestiones más polémicas en el campo de la filiación, discutiendo la problemática originada en la práctica.

Se centra, en primer lugar, en los conflictos derivados de la filiación entre personas del mismo sexo. Se atiende especialmente a la maternidad subrogada, según las diferentes posturas que los tribunales han tomado al respecto. Por último, y en relación con el anonimato de los padres biológicos, se ofrece una crítica de las resoluciones judiciales que han tratado esta cuestión. En ellas se proclama el anonimato de los donantes en las técnicas de reproducción asistida, en detrimento de la posición de las mujeres, obligadas a dejar constancia de su identidad.

Palabras clave: Filiación, homosexual, maternidad subrogada, anonimato, reproducción asistida.

ABSTRACT

This research work discuss about some of the most controversial and current problems in filiation cases, by arguing the different solutions which has been given by the Courts and the problems that they cause.

First of all, it is focused on the problems of homosexual filiation. It pays special attention to surrogate motherhood contracts, by analysing the different judicial judgements of the Supreme Spanish Court and the European Human Rights Court.

At last, it is discussed about the anonymity of genetic parents. It argues against the solutions which has been given by the Courts, which proclaims the anonymity of sperm donors, but not the anonymity of mothers. This latter can produce serious damage in children.

Keywords: Filiation, homosexual, surrogate motherhood, anonymity, assisted reproduction.

SUMARIO

- I. LA LLAMADA FILIACIÓN JURÍDICA, NO BIOLÓGICA.
 1. **La filiación entre mujeres.**
 - 1.1. El reconocimiento de la filiación por consentimiento y por posesión de estado (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre del 2013).
 - 1.2. La determinación de la filiación no matrimonial por posesión de estado (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014).
 2. **La filiación en los matrimonios entre varones. La maternidad subrogada.**
 - 2.1. La doctrina favorable a la aceptación de la maternidad subrogada.
 - 2.2. La tesis contraria a la admisión de la maternidad subrogada.
 3. **Contraste con la filiación biológica.**
- II. EL ANONIMATO DE LOS PADRES FRENTE AL DERECHO A CONOCER LA PROPIA IDENTIDAD.
 1. **El anonimato de la madre.**





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

- 1.1. La inconstitucionalidad sobrevenida en el anonimato de la madre.
- 1.2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 13 de febrero de 2003. *Odriève c. Francia*).

2. El anonimato del padre en la reproducción asistida.

III. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA LLAMADA FILIACIÓN JURÍDICA, NO BIOLÓGICA

1. La filiación entre mujeres

La aprobación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, junto con su modificación por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico una importante alteración en lo relativo al Derecho de filiación. La permisividad de uso de las técnicas a un amplio espectro de sujetos hace que su aplicación práctica vaya mucho más allá de la simple terapia ante situaciones de infertilidad o dificultad en la procreación, permitiendo el acceso a la maternidad en situaciones que hasta ese momento resultaban técnicamente inviables.

La redacción del artículo 7.3 de la citada Ley establece que «cuando una 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». Esta doble maternidad supone la creación de una ficción jurídica que toma únicamente en consideración el consentimiento de la madre no gestante. Constituye esto una novedad con respecto a la regulación jurídica presente hasta ese momento, entendiéndose como una posible tercera vía de filiación, y apartándose de los dos mecanismos tradicionales reconocidos en el artículo 108 del Código Civil: la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva⁽¹⁾.

Esta nueva regulación ha planteado importantes problemas en la doctrina, que parten de su concepción como una filiación «aparentemente natural, de origen biológica»⁽²⁾, lo que no hace sino crear una ficción que conlleva evidentes problemas tanto de inseguridad, como de justicia.

1.1. *El reconocimiento de la filiación por consentimiento y por posesión de estado (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre del 2013)*

De entre los casos planteados ante los tribunales derivados de los problemas en la determinación de la doble maternidad, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo

(1) Cfr: BARBER CÁRCAMO. «Reproducción asistida y determinación de la filiación». *REDUR n.º 8*, diciembre 2010, p. 29.

(2) NANCLARES VALLE, J. «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 7/2008, p. 21.





LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

de 5 de diciembre de 2013, en la que se reconoce como título suficiente para la determinación de la filiación respecto de la cónyuge no gestante, el consentimiento en la procreación y la continua posesión de estado. El caso que plantea esta sentencia es el de una unión extramatrimonial de dos mujeres. El 16 de marzo del 2007, ambas firman el consentimiento informado para el sometimiento de una de ellas a un tratamiento de reproducción asistida. Este consentimiento, que no es más que un acto médico, en principio carece de cualquier valor jurídico a efectos de reconocimientos futuros de la filiación. Casi cinco meses más tarde, el 3 de agosto del 2007, las dos mujeres contraen matrimonio, siendo finalmente el 14 de diciembre de ese mismo año cuando una de las cónyuges da a luz a dos niñas, siendo ambas inscritas en el Registro Civil como hijas únicamente de la madre gestante, y adquiriendo como tal solamente los apellidos de esta última.

Una vez divorciadas, en junio del 2009, la mujer no gestante inició un proceso judicial por el que reclamó la determinación a su favor de la filiación respecto de las menores, a cuya pretensión se opuso la madre biológica. Tras las sucesivas instancias, el caso se discutió en el Tribunal Supremo. En su sentencia de 5 de diciembre de 2013, atribuyó a la mujer no gestante la determinación de la filiación, con base en el consentimiento otorgado para acceder a la fecundación *in vitro*, así como también en la constante posesión de estado que se produjo con posterioridad al alumbramiento.

Determina la Sentencia, en su fundamento jurídico tercero que «el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código Civil, lo sustituye la Ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza». Reconoce, por lo tanto, la plena validez del consentimiento como título de filiación.

El fallo es muestra del cada vez más acusado abandono de la verdad biológica como título de atribución de la filiación⁽³⁾. Para algunos autores, incluso el acceso a las técnicas de reproducción asistida ha supuesto la aparición de una vía intermedia, a medio camino entre la filiación por naturaleza y la derivada de la adopción⁽⁴⁾. Esta ficción jurídica toma únicamente como base el consentimiento de la mujer no gestante ante el encargado del Registro Civil con carácter previo al nacimiento, sin que en ningún caso se exija la autorización por parte de la madre biológica del hijo, tal y como establece el artículo 7.3 LTRHA.

Se contraponen esta regulación con la establecida en los casos de matrimonios heterosexuales, en la que además del consentimiento prestado por la mujer, se exige también

(3) Cf: PANIZA FULLANA, A. «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 4/2013 parte Comentario, pp. 1 y ss.

(4) «Como en la adopción, el fundamento de la paternidad es la voluntad manifestada a partir de los consentimientos requeridos legalmente. Sin embargo, en el caso que aquí nos ocupa se trata de consentimientos previos al nacimiento». (FARNÓS AMORÓS, E. «Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones», *Ed. Atelier*, 2011, p. 110).





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

el de su marido⁽⁵⁾. La exigencia de la declaración de voluntad tanto del hombre como de la mujer ofrece una garantía, tanto para el niño, como para la propia madre, seguridad que desaparece cuando la situación se da entre dos mujeres.

La presencia de diferentes requisitos para uno y otro tipo de matrimonios no deja de suponer una discriminación para la madre que se encuentra casada con otra mujer, puesto que carece de medios que le permitan evitar el establecimiento de un vínculo filial entre su cónyuge y su hijo, aun cuando no cabe hablar de existencia de ningún tipo de relación biológica entre el menor afectado y la mujer casada con la madre.

Además de esta cuestión, cabe preguntarse también cuál es el título de filiación presente en estos casos. En palabras de NANCLARES VALLE, dicha filiación procederá a inscribirse en el Registro Civil como filiación natural, «pese a ser naturalmente imposible y pese a constarle la inexactitud de lo escrito»⁽⁶⁾. Para PANIZA FULLANA, «la “madre” no gestante es tenida como madre legal por su sola manifestación de voluntad de ser tenida como madre, antes del nacimiento del hijo»⁽⁷⁾.

La disociación entre realidad biológica y filiación jurídica se hace en este punto inquestionable, con los consiguientes problemas que en la práctica ha traído consigo. La situación parte de la figura del consentimiento como elemento clave, sin embargo, los requisitos exigidos para su plena validez han sido ampliamente cuestionados. El artículo 7.3 LTRHA establece como presupuesto básico que la manifestación ante el encargado del Registro Civil se realice con anterioridad al nacimiento del hijo. Destaca en este aspecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de diciembre de 2012, que estima la impugnación de la filiación por parte de la madre gestante respecto de la de su esposa⁽⁸⁾. La Sentencia no muestra sino el evidente fraude de ley presente en la normativa reguladora de las técnicas de reproducción asistida. A pesar de la claridad de los preceptos en ella manifestados, no se puede pasar por alto la laxitud que hasta ahora se ha mostrado en su cumplimiento.

El derecho a la paternidad no puede imperar sobre cualquier precepto legal, de la misma forma que no puede dejar de lado el propio interés de los menores, ni de la familia en sí misma considerada. Este derecho, indirectamente reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽⁹⁾, ha sido reconocido mayoritariamente por la doctrina no como un derecho fundamental, que obligue a los poderes públicos

(5) Art. 118 CC: «Aun faltando la presunción legal de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos».

(6) NANCLARES VALLE, J. *op. cit.*, p. 25.

(7) PANIZA FULLANA, A. *op. cit.*, p. 3.

(8) En este caso, se reconoció la inscripción de dos mujeres como progenitoras de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida, si bien en el momento de su alumbramiento no se encontraban casadas. Además, la declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil se llevó a cabo una vez nacido el menor. Ante estos hechos, la madre biológica del menor consideró que el consentimiento prestado por la otra parte no reunía los requisitos legalmente exigidos en el artículo 7.3 LTRHA.

(9) Art. 16.1 DUDH: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».





LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

a poner al alcance de los ciudadanos todos los medios necesarios para satisfacer esta voluntad, sino como una prohibición, por parte de estos mismos poderes públicos, de realizar cualquier práctica que suponga una vulneración o traba a su consecución⁽¹⁰⁾. Si bien el fallo reconoce la ineficacia del acto impugnado, el hecho de haberse producido es muestra de la tendencia de pretender llevar hasta las últimas consecuencias la aspiración de convertirse en padres ante cualquier situación. Esto evidencia no solo inseguridad, tanto para la madre como para los menores, sino también graves problemas de justicia, al pretender extender un concepto tal como el de la maternidad, a personas totalmente ajenas a dicha institución.

1.2. *La determinación de la filiación no matrimonial por posesión de estado (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014)*

Otro de los problemas originados por la doble maternidad en nuestro ordenamiento jurídico, es el del reconocimiento de la filiación por parte de una mujer respecto del hijo de su pareja estable, faltando en este caso el vínculo matrimonial.

Destaca en este asunto la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014, que reconoce la posesión de estado como título de determinación de la filiación⁽¹¹⁾. La Sentencia basaba su fundamento en el artículo 160 del Código Civil, cuyo segundo párrafo establece que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados». Así, el fallo considera como hechos probados el reconocimiento del rol de madre ejercido por la mujer con respecto al niño, entendiendo que el interés superior del menor debe imperar sobre cualquier conflicto que pueda existir entre sus familiares, y que debe ser independiente de la existencia o no de lazos biológicos. La condición de «allegada» permitió a la mujer no gestante el reconocimiento de un sistema de relaciones personales con el niño, si bien la propia Sentencia recalca la inexistencia de una verdadera filiación⁽¹²⁾, con la consiguiente imposibilidad de constituir un derecho de visitas, puesto que dicha institución solo le puede ser reconocida a los progenitores.

No deja de resultar llamativo el vuelco que en cuestión de poco más de dos años realiza el Tribunal Supremo. Al reconocimiento de la condición de «allegada», aun existiendo incluso denuncias por malos tratos contra ella, le sigue la atribución de la filiación con fundamento en la posesión de estado. La Sentencia parece olvidar el con-

(10) Cfr: FARNÓS AMORÓS, E. *op. cit.*, p.49.

(11) La recurrente, separada de la madre biológica del hijo, había convivido *more uxorio* con ella durante los tres años posteriores al nacimiento del menor. Con anterioridad a la iniciación de este proceso judicial, entre ambas partes ya se había litigado un asunto relacionado, que derivó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo del 2011. Esta resolución reconoció a la mujer que no había gestado al menor la condición de «allegada», culminando así con un proceso de separación que llegó incluso a contar con denuncias recíprocas por malos tratos, y el establecimiento de medidas de alejamiento y prohibición de comunicación entre ambas.

(12) «No puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007». (F.J. 4.º).





cepto que está en el germen de la familia: las relaciones de consanguinidad entre sus miembros, dejándose al margen las filiaciones de naturaleza adoptiva, cuya aplicación no se plantea en este asunto. Al permitir la consideración como «madre» a una persona que tan solo mantiene con el menor un vínculo de convivencia durante sus primeros años de vida, el resultado diluye el propio concepto de la maternidad.

El interés superior del hijo no deja tampoco de verse afectado, al supeditarse al propio deseo de una mujer de convertirse en madre, aun a pesar de la imposibilidad que por naturaleza se da entre dos personas del mismo sexo para alcanzar este resultado. Sin olvidar la posibilidad del niño de mantener el contacto con aquellas personas que por vínculos de afecto guardan una estrecha relación con él, los efectos de la familia no pueden extenderse a todo aquel que pretenda alcanzar tal situación, en una pretensión fundada únicamente en el deseo o en la mera voluntad de una persona ajena a ella.

Además, la decisión de la Sentencia recalca la posible discriminación entre hijos nacidos de matrimonios respecto de hijos nacidos de uniones extramatrimoniales, así como también reconoce el haberse probado la voluntad de ambas mujeres de formar una familia. Considerar discriminación algo que por naturaleza viene dado, carece de cualquier fundamentación. No es posible hablar de trato diferenciado ante situaciones en las que, más allá de consideraciones morales, es la propia normativa aplicable la que establece una serie de requisitos, ninguno de los cuales se cumple en esta situación. Pretender, por lo tanto, reconocer en estos casos el vínculo de filiación, no solo vulneraría la propia esencia de la familia, sino que no dejaría de poder ser considerado como un fraude de ley.

La paradoja de esta situación es la inobservancia de las normas relativas a la determinación de la filiación ante casos de nacimientos derivados del uso de técnicas de reproducción asistida. Mientras que la ley aplicable a estos supuestos incorpora como requisito fundamental la existencia de vínculo matrimonial, la jurisprudencia parece haber obviado esta condición, atendiendo únicamente a la posesión de estado. La inobservancia de las condiciones exigidas resulta inadmisibles, más si cabe cuando la previsión legal es clara y, *a priori*, consecuente, pues no parece excesivo requerir vínculo matrimonial a personas que desean conjuntamente tener un hijo.

2. La filiación en los matrimonios entre varones. La maternidad subrogada

La maternidad subrogada, también denominada «maternidad de sustitución», «alquiler de vientre», o «gestación por sustitución», se define, en palabras de PÉREZ MONGE, como «aquél contrato gratuito u oneroso, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar al nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)»⁽¹³⁾.

(13) PÉREZ MONGE. «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida». *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002, p. 329.





LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

El artículo 10 de la Ley 14/2006 se refiere en particular a esta figura, declarando su plena nulidad, así como la determinación de la filiación a través del parto⁽¹⁴⁾. La legislación española sigue atendiendo en este punto al criterio de la verdad biológica como medio de determinación de la maternidad, declarando la nulidad de la figura de la maternidad subrogada, si bien deja abierta la posibilidad de que sea el padre el que pueda reclamar su paternidad respecto del nacido.

La figura de la maternidad subrogada no deja de estar exenta de polémica. Se contraponen en ella varios derechos o pretensiones de distinto calado, tales como la protección del interés de los hijos, la protección de la propia mujer, o el derecho a la paternidad. El principal riesgo de esta figura es la posible conversión de la madre en un simple instrumento de gestación, dejando de tomarla en consideración más allá del momento del parto. Tampoco hay que olvidar el patrón común en la mayoría de las madres gestantes que se someten a estas técnicas, ya que «la realidad demuestra que las mujeres más pobres o vulnerables son las que se encuentran más expuestas a este tipo de explotación»⁽¹⁵⁾. Parece claro que es el factor económico, y no el simple altruismo, lo que conduce a estas mujeres a prestarse a tales prácticas.

No deja de ser discutible la posibilidad de transformar la procreación y nacimiento de un niño en un acto remunerado, que no hace sino acentuar la mera posición pasiva de la madre durante todo el proceso. Los riesgos que conlleva la maternidad subrogada son evidentes, exponiendo a todas sus partes a situaciones de incertidumbre y de posibles vulneraciones en la integridad de sus derechos. No obstante, para determinados colectivos el recurso a la maternidad subrogada es un cómodo mecanismo para lograr convertirse en padres. En aquellas situaciones en las que la propia naturaleza impide la procreación, y siempre que se cuente con los recursos financieros suficientes, los contratos de gestación por sustitución otorgan una solución rápida y eficaz.

No se puede dejar de lado, en este punto, la verdadera existencia o no del derecho a la paternidad, ante cualquier situación y bajo cualquier circunstancia. La maternidad subrogada solo parece tener en cuenta este aspecto, el derecho de cualquier persona a tener hijos, sin que parezca atender al propio derecho de las mujeres, madres que renuncian a sus derechos como tal a cambio de una contraprestación económica. Tampoco de los propios niños, a los que se les coloca en el trastorno de ser un objeto de encargo, de un acuerdo en el que se les posiciona sin atender a los posibles daños colaterales que puedan sufrir.

A pesar de la prohibición expresa de la maternidad subrogada en España, no han sido pocos los bebés nacidos mediante el empleo de estas técnicas en los últimos años⁽¹⁶⁾.

(14) Art. 10 LTRHA: «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».

(15) LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, Á. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuaderno bioético XXIII* 2012/2, p. 259.

(16) Aun sin haber registros oficiales, se calcula que, tan solo en el año 2003, nacieron en Estados Unidos unos 1.000 bebés españoles fruto de gestación por sustitución. (Cfr. BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Los vientres de alquiler», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 881/2014, p. 1).





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

El reconocimiento de la filiación derivada de ellas ha planteado importantes problemas doctrinales y jurisprudenciales, entre ellos, la modificación de la clásica estructura de la familia, al aparecer nuevas figuras con un papel específico en el ámbito familiar, destacando de entre todas ellas la de la madre portadora, principal perjudicada en la práctica de la gestación por sustitución.

2.1. *La doctrina favorable a la aceptación de la maternidad subrogada*

El acceso en países extranjeros a la maternidad subrogada por parte de ciudadanos españoles ha planteado conflictos a la hora de reconocer en nuestro país la filiación de hijos nacidos mediante el uso de estas técnicas.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 accedió a inscribir en el Registro Civil español a dos niños como hijos de dos varones españoles. Para alcanzar esta conclusión se aludió a la discriminación que supondría para los matrimonios formados por dos varones la negativa a inscribir la filiación, con respecto tanto a los matrimonios heterosexuales, como a los compuestos exclusivamente por mujeres. Asimismo, entendía que al no constar que el nacimiento de los dos niños se produjese por la vía de la maternidad subrogada, no permitirles su inscripción vulneraría el interés superior de los menores.

Si bien es cierto que la Resolución no discute cuestiones de fondo, sino que se limita a controlar el acceso de los certificados de nacimiento extranjeros al Registro Civil español, su decisión no deja de poder ser considerada contraria a lo establecido en el artículo 10 LTRHA⁽¹⁷⁾. Esta decisión otorga efectos plenos en España a resultados derivados de una práctica expresamente prohibida por las leyes españolas, con los consiguientes riesgos para las personas que en ella intervienen.

La maternidad subrogada no deja de suscitar cuestiones tales como la posible reclamación posterior por parte de la madre biológica, o el riesgo de rechazo, una vez producido el nacimiento, de los padres comitentes, más si cabe cuando la regulación de esta figura en España no ofrece ninguna garantía a las partes implicadas, puesto que se limita a declarar su nulidad de pleno derecho, sin prever ninguna consecuencia más allá de la determinación por el parto⁽¹⁸⁾.

(17) Cfr. FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret* 1/2010, pág. 16.

(18) Fuera de nuestras fronteras, no han sido pocos los casos mediáticos que han puesto de manifiesto la inseguridad de la maternidad de sustitución. Uno de los más relevantes fue el conocido como *Baby M.*, acaecido en 1986 en Estados Unidos, y que tuvo como origen la negativa de la madre portadora de entregar el bebé al matrimonio comitente. El caso fue resuelto reconociendo la paternidad al marido, puesto que era el padre biológico del bebé, y asignando un derecho de visitas a la madre gestante. Otros casos más actuales se sitúan en Canadá, en donde en el año 2010 una madre de sustitución se negó a practicar un aborto, en contra de los deseos de la pareja comitente, al conocerse que el feto había sido diagnosticado con síndrome de Down; o el caso de la niña india Manji, abandonada por los padres contratantes, una pareja japonesa, dado que se divorciaron durante el proceso de gestación de la menor. Por último, uno de los casos más recientes ha sido el de la pareja australiana que abandonó a un niño nacido mediante una madre de sustitución en Tailandia,





LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

Pretendiendo ofrecer mayores garantías, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, modifica sensiblemente sus argumentos a la hora de reconocer inscripciones extranjeras relativas a gestación por sustitución. Manifiesta la Instrucción la necesidad de proteger a las mujeres, estableciendo mecanismos para controlar, mediante una resolución judicial, la plena capacidad de obrar de la madre que renuncia a sus derechos como tal. Así, faltando este requisito, el encargado del Registro Civil no procederá a inscribir al menor como hijo de dos padres. La Instrucción ofrece también la interpretación de que la aplicación del artículo 10 LTRHA solo se daría para aquellos casos en los que la gestación y el parto de la madre portadora se ha producido en el extranjero, en un país en donde estas prácticas estuviesen autorizadas y reguladas⁽¹⁹⁾.

Este matiz en la posición de la Dirección General de Registros y del Notariado, si bien sigue permitiendo la inscripción de un nacimiento surgido de una práctica prohibida en nuestro ordenamiento, establece ciertas garantías en la protección de la madre. En todo caso, el acceso al Registro Civil de una filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada plantea el problema de la posible omisión del principio de legalidad. Al igual que ocurre con la determinación de la filiación en uniones extramatrimoniales de mujeres basada en la posesión de estado, la inscripción en España de un hijo nacido mediante un contrato de gestación por sustitución supone una vulneración de su propia normativa reguladora, pues contraviene directamente lo recogido en el artículo 10 LTRHA. Para algunos autores, incluso el contenido de estas decisiones no hace sino allanar el camino hacia el turismo reproductivo, especialmente hacia países como Estados Unidos o la India, con evidentes consecuencias desfavorables para todos los sujetos implicados en él⁽²⁰⁾.

2.2. La tesis contraria a la admisión de la maternidad subrogada

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 toma como punto de partida la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009⁽²¹⁾. Esta Sentencia constituye una novedad con respecto a las decisiones judiciales anteriormente mencionadas, que

al haber nacido con síndrome de Down, si bien sí accedieron a quedarse con su hermana melliza, sana en el momento del nacimiento.

(19) Cfr. SALAS CARCELLER, A. «El registro civil español y la filiación surgida de la filiación por sustitución», *Revista Aranzadi Doctrinal* 10/2011, p. 2.

(20) Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». *Diario La Ley*, 3 de noviembre de 2010, pp. 13 a 15.

(21) El caso se refiere a un matrimonio formado por dos varones, quienes recurren a un contrato de gestación por sustitución en California, fruto de la cual nacieron, el 24 de octubre de 2008, dos niños, que fueron inscritos como hijos de los cónyuges españoles en Estados Unidos. Contra la mencionada Resolución de la DGRN, que accedió a la inscripción de los menores en el Registro Civil español, el Ministerio Fiscal interpuso una demanda, al entender vulnerado el artículo 10 LTRHA. Tras las sucesivas instancias judiciales, el asunto se resolvió en el Tribunal Supremo, que confirmó las sentencias anteriores, contrarias a la inscripción de los menores como hijos de los recurrentes.



reconocían la inscripción de la filiación en el Registro Civil, derivada de matrimonios o uniones extramatrimoniales formados por mujeres. Esta diferenciación fue uno de los argumentos alegados por los dos varones, que consideraron la existencia de una posible discriminación entre los matrimonios formados por personas del mismo sexo, ya estuvieran compuestos por hombres o por mujeres. El Tribunal Supremo rechazó esta postura, estableciendo que no es sino el propio objeto del conflicto lo que impide su reconocimiento en España⁽²²⁾.

Interesa especialmente la valoración que el Tribunal hace en relación con el interés superior de los menores. El contrato de maternidad subrogada se basa en la renuncia expresa de una mujer respecto de su hijo a favor de una pareja comitente. Para los recurrentes, otorgar plenos efectos a los vínculos que unen al niño con la pareja que contrata la gestación por sustitución, y manifiesta su deseo de hacerse cargo de él, constituye la única manera de garantizar el respeto al interés superior del niño. Sin embargo, la Sala no toma en consideración esta alegación, puesto que aceptarla «llevaría a concluir que el legislador español (...) ha vulnerado el interés superior del menor» (F.J. 5.º).

Manifiesta también el Tribunal la necesidad de prestar atención a una serie de valores y de principios que entran en juego a la hora de enjuiciar la maternidad subrogada. Tal y como hiciera ya la Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2010, centra la atención en la figura de la madre biológica, así como en el riesgo de «cosificación», tanto de los menores, como de las propias mujeres. De esta forma, la mera voluntad de ser padres no es suficiente para determinar la filiación respecto de un menor. Frente a argumentos que defienden la maternidad subrogada, e incluso las técnicas de reproducción asistida, como instrumentos que permiten la procreación ante cualquier situación, no se puede obviar ni pasar por alto la propia regulación existente sobre la materia, así como tampoco se debería dejar de lado la cuestión acerca del derecho de una persona a tener hijos con quien de forma natural sería imposible⁽²³⁾.

No obstante lo anterior, el pasado 26 de junio de 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽²⁴⁾ dictó una sentencia fundamental en materia de maternidad subrogada, que bien hubiese podido abrir la posibilidad de modificación de la doctrina actualmente mantenida por el Tribunal Supremo. La sentencia se refiere a los casos *Menesson* y *Labassee*, ambos matrimonios heterosexuales franceses que recurrieron a la gestación por sustitución en Estados Unidos. En ella se permite la inscripción de las actas de nacimiento de los menores en el Registro Civil francés, aun en contra de la postura hasta ese momento mantenida por las instancias judiciales del país.

(22) «La denegación de la inscripción no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación contratada por ellos en California». (F.J. 4.º).

(23) *Cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Paradojas de la vida». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 3/2014, p. 3.

(24) En el mismo sentido, el TEDH dictó, el 27 de enero del 2015, una sentencia igualmente relacionada con la gestación por sustitución, y en la que mantiene la postura manifestada en la primera de las resoluciones. Este fallo, referido al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, obliga a tomar en consideración, como elemento esencial, el interés superior del menor, que se verá protegido si se le mantiene con aquellas personas que hubiesen actuado como padres en las fases fundamentales de su desarrollo, independientemente del origen de los vínculos que existan entre ellos.



LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

El interés superior de los menores es el núcleo de la decisión. Considera el Tribunal que la denegación del acceso al Registro francés vulneraría, si bien no el derecho a la vida familiar de los matrimonios, reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos («toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»), sí produciría un menoscabo en la vida privada de los menores, que podrían ver afectado su derecho a la propia identidad.

Esta Sentencia supone un revés importante para la doctrina jurisprudencial en España, más si cabe cuando apenas cuatro meses antes, el Tribunal Supremo había determinado, en su sentencia de 6 de febrero de 2014, un resultado sustancialmente distinto. La relevancia de esta resolución supuso la apertura de un incidente procesal por nulidad de actuaciones contra la anterior decisión del Tribunal Supremo. Dichas pretensiones fueron desestimadas por Auto del 2 de febrero de 2015⁽²⁵⁾.

En conclusión, el Tribunal Supremo no considera que su Sentencia del 6 de febrero de 2014 vulnerase de ningún modo la vida privada de los menores, con lo que se reitera en su postura de no admitir la maternidad subrogada, en una decisión conforme con la propia normativa española. La divergencia entre las decisiones de los distintos tribunales no evita, sin embargo, la incertidumbre en lo referido a este asunto.

La necesidad de conjugar el interés de los menores, junto con el respeto a los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico español, hace extremadamente complicado encontrar una solución ideal. No obstante, la admisión de vulneraciones a la legislación, bajo el amparo de una hipotética defensa de los principios fundamentales, no debe dejar de poder ser cuestionada. La prohibición expresa al reconocimiento de la maternidad subrogada incluida en la normativa española, de la misma forma que ocurre en Francia y en la mayor parte de países de nuestro entorno, no debería ser pasada por alto, aun cuando los asuntos a discutir se ocupen de temas tan notables como la familia, y, en concreto, la filiación. No tendría que ser necesario que la protección de los menores tuviera que ser garantizada a través de la realización de un fraude de ley, que no tiene más objetivo que el interés de los posibles futuros padres. Tampoco cabe hablar de un verdadero derecho a la maternidad o paternidad, puesto que no existe ninguna referencia explícita que lo recoja en las principales declaraciones de derechos humanos⁽²⁶⁾. La propia esencia de la gestación por sustitución parece tomar solo en consideración esta voluntad de procrear, olvidando que el acceso a la misma no está al alcance más que de aquellos con suficientes recursos económicos como para permitirse sufragar todos

(25) En este documento se recalcan las diferencias establecidas entre uno y otro caso, negando que la decisión del Tribunal español vulnerase la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. De entre estas, cabe destacar la imposibilidad de que la legislación francesa prevea, bajo cualquier circunstancia, efecto alguno a la maternidad subrogada, mientras que la normativa española sí que plantea la posibilidad de que el padre comitente, si presenta vínculos biológicos con el hijo, como era el caso de los dos casos franceses, pueda reclamar su paternidad. Además, la resolución del Tribunal Supremo no eximía a los hijos de adquirir la nacionalidad española, circunstancia que no se daba en el caso de los menores Mennesson y Labassee, cuya situación, por lo tanto, quedaba en una posición mucho más vulnerable.

(26) Cfr. ROMEO CASABONA, C.M. «El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana», *Centro de Estudios Ramón Areces*, 1994, p. 229.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

los gastos que el proceso acarrea⁽²⁷⁾. El turismo reproductivo, solo factible para un sector determinado de la población, corre el riesgo de derivar en indeseables situaciones, especialmente para las madres biológicas de los menores

La maternidad subrogada, con los evidentes problemas que origina en la práctica, sigue sin ser un tema concluso en la doctrina ni en los tribunales. Los conflictos que suscita, aun a pesar de la claridad del precepto legal que a ella se refiere, no cesan de surgir en la práctica, llevados por la intención de ser padres ante cualquier circunstancia y coyuntura.

3. Contraste con la filiación biológica

Las diferencias existentes entre la filiación en los matrimonios heterosexuales y la filiación derivada de matrimonios entre personas del mismo sexo son evidentes, especialmente en aspectos tales como la prestación de consentimiento para la utilización de técnicas de reproducción asistida, o en su posible impugnación.

El artículo 6.3 LTRHA impone la exigencia de un doble consentimiento para los casos en los que una mujer casada con un hombre desee someterse a este tipo de tratamientos, estableciendo que «si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal». Al mismo tiempo, la redacción del artículo 116 del Código Civil determina que «se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges». La operatividad de la presunción de paternidad de este precepto justifica la exigencia de la prestación de consentimiento por partida doble, para así intentar evitar situaciones indeseables en el seno familiar⁽²⁸⁾. Para el caso de uniones extramatrimoniales heterosexuales, la prestación de este consentimiento no constituye en sí mismo título válido para determinar la filiación, según refleja el artículo 8.2 LTRHA⁽²⁹⁾. En palabras de VERDERA SERVER, «ciertamente, se otorga a ese consentimiento una extraordinaria fuerza, pero no se crea un nuevo título de determinación extrajudicial de la filiación»⁽³⁰⁾. De esta manera, el consentimiento otorgado en los centros médicos no constituye más que un obstáculo a una posible ulterior impugnación de la filiación por parte del hombre en relación con los hijos nacidos mediante el empleo de estas técnicas.

(27) Se calcula que el coste total del proceso en Estados Unidos oscila entre los 70.000 y los 120.000 euros. (<http://www.vientrealquilerespaña.es/precios/> - Fecha de acceso: 25 de marzo de 2015).

(28) Cfr. NANCLARES VALLE, J. *op. cit.*, p. 4.

(29) «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de estas técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad».

(30) VERDERA SERVER, R. «Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida». *Ed. Aranzadi*, 2007, pág. 266.





LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

Cuando la misma situación se produce en matrimonios formados exclusivamente por mujeres, la regulación es sustancialmente distinta, puesto que la Ley 14/2006 no exige el consentimiento de la mujer no gestante, dada la inexistencia de presunción alguna de maternidad⁽³¹⁾. En estos casos, el medio que permite el acceso a la inscripción de la filiación es el consentimiento manifestado ante el encargado del Registro Civil, con posterioridad al uso de las técnicas de reproducción asistida, pero con carácter previo al nacimiento. Esta posibilidad de reconocimiento por el mero consentimiento de la mujer no gestante, sin contar con el acuerdo de la madre biológica, coloca a la primera en una clara situación de privilegio, no solo respecto al matrimonio heterosexual, sino incluso en referencia a la propia madre biológica. Tal y como afirma NANCLARES VALLE, «la mujer embarazada no dispone de medio alguno para oponerse al consentimiento sobrevenidamente otorgado por su esposa»⁽³²⁾.

La jurisprudencia analizada previamente es muestra de los problemas que ha ocasionado esta regulación, así como del evidente desajuste entre las filiaciones derivadas de uno o de otro tipo de matrimonio.

II. EL ANONIMATO DE LOS PADRES FRENTE AL DERECHO A CONOCER LA PROPIA IDENTIDAD

1. El anonimato de la madre

Los problemas que suscita la cuestión del anonimato de la madre nacen a partir del clásico principio «mater semper certa est». Si bien en la determinación de la paternidad se podrían suscitar dudas, dada la propia naturaleza de la procreación, en el caso de las madres las cuestiones que se plantean son más complejas.

Se discute en este punto la posibilidad de que una mujer pueda desentenderse por completo de su hijo, omitiendo la referencia a su identidad y, por lo tanto, eliminando cualquier posibilidad futura del nacido de poder conocer su ascendencia biológica. Lo principal a tener en cuenta en esta cuestión es determinar la incidencia que podría suponer la prohibición del anonimato de la madre a la hora de valorar si ésta continúa con la gestación o, por el contrario, opta por recurrir al aborto. En muchos casos, las situaciones que llevan a una mujer a desvincularse de forma definitiva de su hijo pueden hacer suponer que, de no ser posible su anonimato, se pueda plantear este medio como forma de eludir las posibles consecuencias desfavorables que se le puedan causar a la madre.

Asimismo, entran en juego otra serie de derechos e intereses, tales como la dignidad de las personas, el derecho a la propia identidad, a la intimidad de la

(31) «Los centros de reproducción asistida no siempre recaban el consentimiento de la mujer que no se va a someter al tratamiento, porque la ley no les obliga a ello (a diferencia del marido, si la mujer está casada con un varón, cuyo consentimiento sí es imprescindible)». (DÍAZ MARTÍNEZ, A. *op. cit.* p. 10).

(32) NANCLARES VALLE, J. *op. cit.* p. 20.



madre, cuya libre decisión deberá ser tomada en consideración, y el reconocimiento de la libre investigación de la paternidad, regulado en el artículo 39.2 de la Constitución.

1.1. La inconstitucionalidad sobrevenida en el anonimato de la madre

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 se configura como un punto de inflexión en lo relativo al anonimato de la madre. Hasta este fallo, la normativa registral española permitía la no constancia de su identidad en la inscripción de nacimiento del hijo, otorgándole la facultad incluso de omitir cualquier referencia nominal en su parte de nacimiento, si así lo solicitaba. La regulación presente en la ya modificada Ley de Registro Civil, a cuyos preceptos se remitía el propio artículo 120.4 del Código Civil, redactado conforme a lo establecido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se concebía como un sistema plenamente voluntarista para la madre soltera. Establecían estos preceptos un verdadero derecho de opción para la mujer, ya que le permitían desconocer por completo su maternidad, excluyendo cualquier mención a su identidad en el parte médico, dentro del plazo de 15 días desde la notificación de la inscripción registral del nacimiento del menor. Este sistema, si bien garantizaba una protección a los hijos frente a otras posibles soluciones para la madre, tales como el aborto, entraba en conflicto con su derecho a conocer sus propios orígenes, ya que la omisión de cualquier tipo de referencia a su identidad hacía técnicamente imposible la búsqueda de información en relación a sus progenitores biológicos, tanto por la vía materna, como también por la línea paterna.

En relación con este derecho a conocer la verdad biológica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 estima las pretensiones de una madre para que le sea reconocido el derecho a practicar las pruebas necesarias que le permitiesen el reconocimiento de su maternidad. En la inscripción de nacimiento de su supuesta hija no constaba la identidad de la madre, en virtud de la aplicación de la normativa registral vigente en aquel momento, normativa preconstitucional que pretendía eludir el «aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial», (F.J. 5.º).

La Sala entendió que el mantenimiento de esta regulación en el ordenamiento jurídico, una vez vigente la Constitución de 1978, atentaba contra una serie de principios básicos reconocidos en ella, tales como el derecho a la dignidad (art. 10), de igualdad (art. 14), al de tutela judicial efectiva (art. 24.2), y el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39.2). Teniendo en cuenta la incorporación de estos valores tras la entrada en vigor del texto constitucional, el Tribunal Supremo se encargó de dilucidar dos asuntos: por un lado, resolvió el problema particular del caso enjuiciado, mientras que por otra parte declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa registral en los aspectos referidos al anonimato materno.

En el caso concreto, anuló el consentimiento que la madre biológica prestó estando embarazada de ocho meses, declarando su intención de no hacerse cargo de su hija. En el mismo sentido, reconoció la posibilidad de la mujer de realizar las pruebas necesarias para esclarecer la filiación respecto de la que consideraba que era su hija, declarando



LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

sobrevenidamente inconstitucional el anonimato que en su momento le fue concedido a la madre⁽³³⁾.

Este cambio en la normativa registral relativa al anonimato de la madre parte del principio de que la filiación no puede ser un acto dispositivo, que quede sujeto simplemente a la voluntad de las partes, en este caso de la madre, cuando sea ella la que individualmente decida desvincularse por completo de su hijo. No obstante, no debe olvidarse la evidente contradicción entre el derecho de las mujeres a preservar su identidad, no en lo referido a su propia intimidad, sino teniendo en cuenta las posibles repercusiones que se puedan originar si se denegase por completo su anonimato, y el derecho de los hijos a conocer sus orígenes. De esta forma, los enfrentamientos producidos entre estos dos intereses tienen como eje central la posibilidad de que una madre que se encuentre inmersa en una situación que le haga imposible el hacerse cargo de su hijo, sean cuales sean los motivos presentes en cada caso, opte por practicar un aborto si esa solución es considerada como la más idónea. Esta idea, que estuvo en el origen de la normativa registral ahora derogada, es excluida por el Tribunal Supremo por no entenderla acorde con la situación actual de las mujeres. No obstante, es evidente que conflictos de este cariz se siguen dando en la actualidad, lo que llevaría a discutir la verdadera eficacia de la vigente normativa.

Coexisten en este sentido dos corrientes doctrinales claramente diferenciadas en cuanto a los resultados que producen. La primera de ellos, de cariz realista, opta por tomar en consideración la verdad biológica, manteniendo la plena vigencia del principio romano de *mater semper certa est*. Por otro lado, encontramos otra corriente más formalista, que opta por aceptar la posibilidad del parto anónimo si esa es la voluntad de la madre⁽³⁴⁾. La última de estas tesis era la sostenida por la normativa registral previa a la STS de 21 de septiembre de 1999, mientras que en la actualidad, y motivado por la mencionada resolución, se protege la verdad biológica, en la medida en que se impide el anonimato de la madre en el parte de nacimiento.

Esta modificación de la regulación del sistema registral a raíz de la decisión del Tribunal Supremo ha sido objeto de polémica desde su origen, ya que la fundamentación de la Sentencia ofrece una serie de argumentos que avalan su decisión, pero que no pueden dejar de ser cuestionados. En primer lugar, la Sala estima que aceptar el anonimato de la madre supondría una vulneración de derechos fundamentales del hijo, tales como la dignidad. Habría que tener en cuenta, en este aspecto, el artículo 7 del Convenio de las Naciones Unidas para la protección de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en su punto primero establece que el niño tendrá derecho «en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». No es

(33) No hay que olvidar que la Sentencia se refiere a una situación en la que es la propia madre la que, a consecuencia de su posterior arrepentimiento, solicita el fin de su anonimato respecto de su hija. Sin embargo, la generalidad de las situaciones en este aspecto parte del extremo opuesto, pues son los propios hijos los que comúnmente solicitan conocer la identidad de sus progenitores biológicos. (Cfr. DURÁN RIVACOBA, R. «El anonimato del progenitor», *Revista Quincenal Aranzadi Civil*, Ed. Aranzadi, n.º 1, 2004, p.24)

(34) Cfr. MAGALDI MEDAÑA, N. «Derecho a saber, filiación biológica y administración pública», Ed. *Marcial Pons*, 2004, p.32.



ésta, por lo tanto, una norma de carácter absoluto, que obligue al conocimiento de la filiación biológica en todo caso, sino que deja abierta la posibilidad a que tal parentesco no llegue a conocerse, si las circunstancias, o la concurrencia con otros intereses así lo conviniesen⁽³⁵⁾. Por otro lado, el Tribunal considera también como discriminatorio el hecho de que una mujer pueda, de manera autónoma y totalmente independiente, decidir la continuación o no de su embarazo, así como también la posibilidad de desprenderse de su hijo de forma absoluta, sin que pudiese quedar ninguna constancia de su identidad, y, por tanto, quedando eximida de cualquier clase de responsabilidad⁽³⁶⁾. Si bien todas estas cuestiones son ciertas, no parece apropiado considerarlo como una discriminación respecto al padre, ya que resulta evidente que el proceso biológico de la procreación y la gestación parten de situaciones claramente diferenciadas entre el hombre y la mujer, aunque desde el punto de vista del hijo sí cabría asimilar los dos supuestos, en la medida en que en ambos casos estamos ante progenitores biológicos que carecen de cualquier vínculo familiar o afectivo con los hijos. Sin embargo, las evidentes diferencias que en la procreación desempeñan una y otra parte no permiten aceptar que se esté ante la presencia de un trato discriminatorio.

Pretender argumentar que el hecho de que la madre pueda individualmente decidir si continúa o no con la gestación supone cualquier clase de discriminación hacia el hombre, carece de todo sentido⁽³⁷⁾. Esta supuesta contradicción de la anterior regulación registral con principios constitucionales, tales como la libre investigación de la paternidad, el derecho a la igualdad, o a la propia dignidad, no deja de resultar dudoso. En palabras de DURÁN RIVACOBA, «la mera invocación de normas constitucionales *utilis ad omnia* no justifica el sentido de su parecer. Resulta cada día mayor la perniciosa tenencia de acudir a preceptos evanescentes para sustentar pautas preestablecidas, mientras que las disposiciones de cariz más jurídico quedan desprovistas de relieve técnico. El libre desarrollo de la personalidad de ninguna manera impide que la madre reconozca los obstáculos subjetivamente insalvables para poder asumir su destino»⁽³⁸⁾.

Por otro lado, tampoco parece la Sentencia tomar en consideración la jurisprudencia constitucional. Apenas tres meses antes del fallo, el Tribunal Constitucional dictó la STC de 17 de junio de 1999, que se analizará en este mismo capítulo, en relación con la posibilidad de anonimato de los progenitores donantes en las técnicas de reproducción asistida. Sin entrar a profundizar ahora en esta cuestión, el fallo de la resolución estableció, en relación con la libre investigación de la paternidad y la posible contradicción con el anonimato de estos donantes, que «no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que

(35) Cfr. GARRIGA GORINA, M. *op. cit.*, p. 163.

(36) «Al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al propio hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones». (F.J. 5.º).

(37) Cfr. GARRIGA GORINA, M. *op. cit.*, p. 169.

(38) DURÁN RIVACOBA, R. *op. cit.*, p. 25.



LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor» (F.J.15, 2.º párrafo). Parece claro, por lo tanto, que la posibilidad de anonimato de los progenitores biológicos está amparado por la doctrina constitucional, al menos en lo referido a la paternidad.

Ante esta situación, mantener la posibilidad de aceptación del parto anónimo, aunque no de forma absoluta, parece la única forma de proteger tanto a la madre, como especialmente al propio hijo, sin olvidar que es cierto que le pudiera llegar a suponer conflictos, si se diese la circunstancia de que desease conocer su origen biológico y careciese de cualquier medio para lograrlo. De esta forma, el mecanismo que parece más adecuado para intentar conciliar los intereses de ambas partes sería aquel que reconociese como núcleo el anonimato de la madre, si bien dejase abierta la posibilidad a que, si se diese la circunstancia de que el hijo solicitase su identidad, y la madre consintiese en su revelación, se permitiese desvelar los datos identificativos de la madre. Requerir el consentimiento de la mujer parece esencial, dado que es una de las partes fundamentales en el conflicto, debiendo tener en cuenta también las posibles consecuencias desfavorables que pudiesen derivarse para su propia persona, o para su familia, en el caso de que se llegase a desvelar la existencia de un hijo, quizá desconocido para su entorno, sin requerirle su asentimiento.

1.2. *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 13 de febrero de 2003. Odriève c. Francia)*

Unos hechos similares a los acaecidos en la STS de 21 de septiembre de 1999, en este caso, en Francia, dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003, en la que se discutió el conflicto existente entre el derecho de la madre a preservar su identidad, y el derecho de su hija a conocer sus propios orígenes biológicos.

La recurrente, una ciudadana francesa que había sido adoptada siendo menor, había visto rechazada sus pretensiones de conocer la identidad de su madre biológica, al haberse ésta amparado en el parto anónimo cuando se desprendió de ella. Al entender vulnerados los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, la hija recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo.

El mencionado artículo 8 establece que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Además, el artículo 14 se refiere a la prohibición de discriminación⁽³⁹⁾. El fallo de la sentencia establece, por diez votos contra siete, la no discriminación de ninguno de los dos artículos mencionados por el hecho del reconocimiento del parto anónimo, regla

(39) Art. 14 CEDH: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

totalmente aceptada en Francia, país en el que el principio de *mater semper certa est* no fue nunca reconocido⁽⁴⁰⁾.

Para argumentar su decisión, el Tribunal partió de la base de que la alusión al artículo 8 del Convenio presupone la presencia de una familia, en la que, si bien no se exige convivencia entre sus miembros, sí requiere de la existencia de ciertos vínculos afectivos que justifiquen su protección. Considera el Tribunal a la hora de aplicar la protección del mencionado artículo, la relevancia de estos lazos afectivos por encima de los propios vínculos biológicos. No cabe duda de que las relaciones personales entre los integrantes de un núcleo familiar deben ser protegidas y tomadas en consideración a la hora de regular las instituciones familiares y de filiación. No obstante, parece excesivo eludir la aplicación de la normativa protectora de los vínculos familiares a aquellas relaciones basadas exclusivamente en el nexo biológico, toda vez que no es sino la biología la que por naturaleza determina la composición de una familia. En cualquier caso, el Tribunal analiza el asunto no desde el punto de vista de la familia, sino desde la perspectiva de la vida privada de dos personas con intereses y pretensiones contrapuestos. Teniendo en cuenta esta apreciación, la Sentencia reconoce, en el caso enjuiciado, el conflicto de intereses clásico en estos supuestos: el respeto a la intimidad de la mujer que quiere preservar su anonimato, y el del hijo que desea conocer sus orígenes biológicos. Entiende, por lo tanto, que el artículo 8 CEDH protege a ambas partes del conflicto, estableciendo, en su apartado 48, que «en el presente caso, el Tribunal señala que la demandante tuvo acceso a informaciones no identificativas sobre su madre y su familia biológica que le permitieron establecer ciertas raíces de su historia dentro del respeto de la preservación de los intereses de terceros». De esta manera, se consiguen equilibrar los dos intereses en juego, preservando la identidad de la madre, y accediendo en parte a las pretensiones de la demandante.

El sistema planteado no ampara el anonimato absoluto, y parece reflejar el medio más idóneo para alcanzar un objetivo razonable para todas las partes. El deseo que muchos hijos adoptivos tienen de conocer sus orígenes biológicos no puede convertirse en el único objetivo a tener en cuenta a la hora de regular el parto anónimo. Las dificultades que para muchas mujeres supone la maternidad, incluso hasta llevarlas a situaciones extremas, justifica en cierta medida, al menos la posibilidad de preservar su identidad.

El interés de los hijos, pues no cabe hablar en puridad de interés superior de los menores, también se ve protegido a través de este mecanismo. Es evidente que para una mujer que, ante una situación insostenible, se ve obligada a desprenderse de su hijo, la otra opción posible no es sino la de acudir a la figura del aborto. En la medida en la que permitir su anonimato evite este resultado, no puede dejar de entenderse como beneficioso para la propia situación del hijo. De esta forma, en palabras de URÍA ACEVEDO, M., «el derecho a conocer el propio origen, como elemento conformador de la propia

(40) «Francia es el ejemplo paradigmático del parto anónimo; son características del sistema galo el hacer depender la determinación de la maternidad no matrimonial de la voluntad de la madre y, consecuentemente, permitir que no quede registro de la identidad de la mujer en el hospital dónde se dio a luz». (URÍA ACEVEDO, M. *op. cit.*, p. 277).



LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

identidad, no es absoluto, y debe ser ponderado en cada caso concreto cuando entre en colisión con otros derechos también fundamentales»⁽⁴¹⁾.

En definitiva, el conflicto presente en este asunto ha de ser analizado, tal y como indica el Tribunal, en relación a dos personas adultas, cada una de las cuales mantiene unos intereses contrapuestos, pero legítimamente defendibles. Las consecuencias que la aparición de la hija pudiera tener en la vida de la madre, así como también en la del resto de miembros de su familia, más de treinta años después del nacimiento, no pueden pasarse por alto.

No se debería entonces acceder sin condiciones a desvelar la identidad de la mujer, que decidió, en su momento y con carácter definitivo, entregar a su hija en adopción. En palabras de RODRÍGUEZ VEGA, «se trata de los intereses de dos personas adultas, que tienen sus propias vidas. Si la hija tiene derecho a conocer a la madre biológica, no podemos olvidar que ésta pagó, con la renuncia a los derechos sobre su hija para que fuera adoptada, su derecho al anonimato y a desprenderse del pasado, para que ahora, años después, reaparezca sin su consentimiento»⁽⁴²⁾.

La sentencia del TEDH establece una postura sustancialmente distinta a la mantenida por el Tribunal Supremo español cuatro años atrás, pudiendo considerarse como una decisión más acorde con el equilibrio de intereses en conflicto, al tener en cuenta no solo las pretensiones del hijo, sino también otorgando una posición fundamental a la madre biológica, tendente a su protección.

2. El anonimato del padre en la reproducción asistida

En relación con la posibilidad de anonimato de los progenitores biológicos en la filiación, resulta necesario tratar la cuestión de los donantes en las técnicas de reproducción asistida, en relación con el principio de anonimato que rige este sistema. La especialidad de este método de procreación introduce una nueva problemática en el ámbito de la identidad de los padres biológicos, que debe ser analizada con independencia de lo establecido para los conflictos surgidos en el caso de la adopción.

El artículo 5.5 de la Ley 14/2006 establece que «la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan». Continúa el precepto determinando que los hijos nacidos mediante estas técnicas tendrán derecho a obtener «información general de los donantes que no incluyan su identidad», y que solo 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 (...). Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes». La línea seguida por esta norma tiene su origen

(41) URÍA ACEVEDO, M. *op. cit.*, p. 384.

(42) RODRÍGUEZ VEGA, L. «Los límites del derecho a conocer la propia identidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 4/2003, parte Estudio, p.14.



en el llamado Informe Palacios, elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, creada por el Congreso de los Diputados, en el año 1986.⁽⁴³⁾

El precepto puede resultar problemático si se tiene en cuenta el artículo 39.2 de la Constitución, en el que se establece que «la Ley posibilitará la libre investigación de la paternidad». El tenor literal de este precepto constitucional, puesto en relación con el artículo 767.2 LEC («en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas»), parece referirse a la posibilidad de interpretar la investigación de la ascendencia biológica como un presupuesto a la hora de establecer acciones tanto de reclamación, como de impugnación de paternidad. No parece, por lo tanto, que el legislador constitucional haya tenido en cuenta a los donantes en las técnicas de reproducción asistida como integrantes del contenido de este artículo, lo que no deja de resultar evidente dado el escaso desarrollo que estos métodos presentaban a finales de los años setenta.

En este punto, y considerando la diferencia entre un donante anónimo de estas técnicas, y el concepto de «padre» utilizado por el legislador constitucional, no parece adecuado emplear el artículo 39.2 CE como fundamento para una posible acción de impugnación, sino que debe entenderse únicamente como medio para conocer la verdad biológica respecto de un hijo, sin que ello implique en ningún caso la asunción de ningún tipo de responsabilidad o de derecho por parte del padre⁽⁴⁴⁾.

La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida ofrece una problemática que debe ser analizada desde una perspectiva independiente, pues no es posible equiparar la situación del donante de esperma a ninguna categoría previamente conocida. El anonimato que rige estas donaciones, si bien se constituye como una garantía para el propio funcionamiento del sistema, es discutible que sea también un privilegio garantista con los hombres, y mucho menos con los hijos que de estas técnicas sean concebidos. La diferenciación que diversos autores, como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, realizan entre progenitor biológico y padre en el sentido jurídico del término, se constituye como argumento que permite defender el anonimato de estos hombres⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, esta misma ausencia de cualquier tipo de responsabilidad para con los hijos concebidos a partir de sus donaciones puede ser también un argumento que se muestre contrario a la ocultación de su identidad, pues carece de cualquier tipo de matiz protector, ni para el progenitor biológico, ni tampoco para el propio hijo.

(43) En el mismo sentido que la regulación actual de la LTRHA, el citado informe determinaba que «se prohibirá desvelar la identidad de los donantes de gametos o embriones, y de las receptoras. Sólo cuando se den circunstancias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, debería ceder el secreto de la donación en aras de aquel interés preeminente, sin que ello implique reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante» (Recomendación 53).

(44) Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, M.C. «La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación», *Ed. Bosch*, 2012, pp. 47-48.

(45) Cfr. ROMERO COLOMA, A. «La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 789/2009, parte Opinión, *Ed. Aranzadi*, 2009.



LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

Los debates suscitados a raíz de esta problemática ponen de manifiesto el relieve de la verdad biológica en el campo de las filiaciones. A pesar de la tendencia de tratar de restarle importancia, no se puede olvidar que el propio hecho de acudir a las técnicas de reproducción asistida es muestra de la relevancia que para muchas personas implica.⁽⁴⁶⁾ Sin embargo, la propia esencia del sistema de reproducción asistida podría verse seriamente afectada si se permitiese conocer la identidad de los donantes bajo cualquier circunstancia. No obstante, esta cuestión no debe convertirse en argumento suficiente como para permitir la admisión del anonimato del progenitor, entendiéndolo como una garantía del mantenimiento de estas técnicas, cuando son los hijos implicados en estas relaciones los que puedan verse perjudicados por dicha regulación.

El alcance de la normativa referida al anonimato de los progenitores en el uso de las técnicas de reproducción asistida ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional. La Sentencia de 17 de junio de 1999 resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado contra diversos preceptos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, anterior a la actual del año 2006. Al igual que la vigente norma, el artículo 5.5 de la Ley de 1988 reconocía que «la donación será anónima», dando lugar al ya planteado conflicto con el 39.2 CE.

El Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad, al entender que el precepto constitucional no constituye un derecho absoluto que permita determinar la identidad de los vínculos biológicos en cualquier caso, sino que deben atenderse a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Por este motivo, solo se daría una situación de infracción del artículo 39.2 en aquellos casos en los que, de forma injustificada y arbitraria, la Ley impidiese la investigación de la paternidad bajo cualquier circunstancia, lo cual, dada la redacción de la norma de 1988, y de la propia regulación actual, no cabe entender de ningún modo. Continúa la Sentencia determinando que «no puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos» (F.J. 15.º, cuarto párrafo). Tampoco considera el Tribunal que la investigación de la paternidad sea un instrumento de protección de los hijos, sino que es un objetivo en sí mismo, que no pretende ser utilizado como medio para alcanzar otras pretensiones⁽⁴⁷⁾. La preservación del anonimato del donante no vulnera, a juicio del Tribunal, ningún precepto constitucional, toda vez que permite mantener la esencia de las técnicas de reproducción asistida, y garantizar las donaciones de esperma.

Para algunos autores incluso la ocultación de esta identidad no hace sino reforzar los lazos entre el hijo y los padres que hayan accedido a tal posición a través del uso de estas técnicas, evitando también posibles problemas ulteriores que pudiesen surgir a consecuencia de la aparición del padre biológico en la vida del hijo⁽⁴⁸⁾.

(46) Cfr: URÍA ACEVEDO, M. *op. cit.*, pp. 451-452.

(47) Cfr: URÍA ACEVEDO, M. *op. cit.*, p. 464.

(48) Cfr: URÍA ACEVEDO, M. *Ibidem*, p. 454.





Hay que tener en cuenta, no obstante, la diferenciación que necesariamente debe hacerse ante estas situaciones, puesto que la identificación de un hombre como progenitor biológico de un hijo, en ningún caso lleva implícito la asunción de responsabilidades en relación con éste⁽⁴⁹⁾. Es precisamente esta exención de cualquier deber jurídico por parte del progenitor donante la que pone de manifiesto la incongruencia presente en la regulación de este aspecto. En tanto que los vínculos biológicos constituyen el eje central de la filiación, negar la posibilidad de conocer la identidad de estos progenitores, partiendo de argumentos que solo a ellos defienden constituye un razonamiento ilógico, más si cabe cuando se obvia el propio interés de los hijos, verdaderos protagonistas y víctimas en este tipo de conflictos⁽⁵⁰⁾. Este excesivo afán por proteger la figura del padre como donante en las técnicas de reproducción artificial diverge de las decisiones tomadas por la jurisprudencia en relación con la posibilidad de anonimato de la madre.

Tal y como establece JARUFE CONTRERAS, «parece indispensable que el donante sea informado y asuma, de antemano y voluntariamente, la posibilidad de que en un futuro (y porque esa es la tendencia natural del género humano), el nacido por obra de su material genético, pretenda conocer el origen de su gestación; y que se le aclare, además, que en tal caso, ello no implicaría jamás responsabilidades paterno-filiales sobre sí»⁽⁵¹⁾. La dificultad de combinar los dos intereses en juego, y de establecer una solución óptima para las dos partes, podría verse solventada a través de este mecanismo, que parte del principio de anonimato del donante, pero en el que, al igual que como ya se puso de manifiesto en lo relativo a la maternidad, permitiría quebrar este principio si el hijo así lo solicitase.

La evidente diferenciación de posturas que asumen una y otra figura en lo relativo al proceso de procreación, puede justificar la distinción de la regulación que para cada caso deba existir. Sin embargo, la actual situación, en la que se permite el anonimato paterno, pero no el materno, ofrece una solución que puede resultar contradictoria con la propia actuación de cada uno de ellos en lo relativo a la filiación. Mientras que las mujeres asumen un papel mucho más activo en la procreación y gestación de los hijos, por circunstancias lógicas, la normativa actual no ampara su anonimato, mientras que sí lo acepta en el caso de los hombres, aun cuando éstos no tienen por qué asumir responsabilidad jurídica alguna respecto de estos hijos.

De esta forma, las cuestiones que deben discutirse en el caso del anonimato materno, frente a la situación presente en los casos de anonimato de los donantes en las técnicas de reproducción asistida parten de presupuestos totalmente diferentes. En la primera de las situaciones, el conflicto ha de analizarse teniendo en cuenta, como núcleo principal, el derecho a la vida de los hijos, así como el derecho a su derecho a la salud y a la de

(49) Cfr. LACRUZ BERDEJO, «La Constitución y los hijos artificiales», *Actualidad Civil* n.º 34, 20 septiembre 1987, p. 2031.

(50) «La falta de progenitores supone, por lo común, una desgracia en las personas, tan solo remediable por otros cauces como los adoptivos. Por tanto, nunca debería provocarse ab initio de manera intencionada por el desconocimiento de la filiación biológica, salvo que medien razones de peso avaladas ad casum; mas no por circunstancias genéricas o que beneficien al progenitor frente a la criatura, protagonista último del asunto». (DURÁN RIVACOBA, R., *op. cit.*, p. 50).

(51) JARUFE CONTRERAS, D. *op. cit.*, p. 356.



su madre.⁽⁵²⁾ Pretender evitar tanto abortos como abandonos de hijos ante las dificultades que en cada caso concreto se puedan producir, debe ser el principal objetivo del mantenimiento del anonimato materno. En el caso del anonimato de los donantes de esperma, el objetivo no es otro que proteger la identidad de estos hombres, sin que su posible identificación pueda tener más consecuencias que el propio conocimiento por parte de los hijos biológicos que pueda llegar a tener.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALES URÍA, M. «El derecho a la identidad en la filiación», *Ed. Tirant lo Blanch*, 2012.
- ALKORTA IDIAKEZ, I. «Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado», *Ed. Thomson Aranzadi*, 2003.
- BÁRBER CÁRCAMO. «Nuevos retos ante el derecho español de filiación». *Revista de derecho privado*, 2009.
- «Reproducción asistida y determinación de la filiación». *REDUR* n.º 8, diciembre 2010.
- BAUTISTA, J. «Maternidad subrogada». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 815/2011, sección Tribuna.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «La investigación de la paternidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.14/2005 parte Tribuna*, *Ed. Aranzadi*, 2005.
- «Paradojas de la vida», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2014.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. «Los vientres de alquiler». *Actualidad Jurídica Aranzadi* 881/2014.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de la reproducción asistida». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 10/2014.
- DÍAZ ROMERO M.R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley* n.º 7527, 14 diciembre 2010.
- DURÁN RIVACOBÁ, R. «Novedades en el matrimonio civil español», en «*Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*», II, *Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones*, Lima (Perú), 2013.
- «El anonimato del progenitor», *Revista quincenal Aranzadi Civil*, *Ed. Aranzadi*, n.º 1, 2004.
- FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret*, 1/2010.
- «Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones». *Ed. Atelier*, 2011.

(52) Cfr. PULIDO QUECEDO, M. «¿El fin de la filiación anónima?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 2/2005, parte Tribuna, *Ed. Aranzadi*, 2005.

- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 6/2011.
- HUALDE MANSO. «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 10/2012.
- JARUFE CONTRERAS, D. «Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción *versus* técnicas de reproducción humana asistida». *Ed. Dykinson*, 2013.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833)». *Revista bolivariana de derecho* n.º 18, julio 2014.
- LAMN, E. «Gestación por sustitución ». *Indret*, 3/2012.
- LASARTE ÁLVAREZ. «La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria». *Diario La Ley*, 17 de enero 2012.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. «La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo». *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1994.
- LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, Á. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuaderno bioético XXIII* 2012/2.
- MAGALDI MEDAÑA N. «Derecho a saber, filiación biológica y administración pública», *Ed. Marcial Pons*, 2004.
- NANCLARES VALLE. «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza». *Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 7, 2008.
- NIETO ALONSO, A. «Reproducción asistida y anonimato de los progenitores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 16/2004, parte Estudio, *Ed. Aranzadi*, 2004.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A. «la filiación en España. Jurisprudencia y doctrina», *Ed. Comares*, 1993.
- PÉREZ CONESA, C. «Determinación de la filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2/2014.
- PANIZA FULLANA, A. «Doble maternidad por naturaleza y su problemática (a propósito de la STS 12 de mayo de 2011)». *Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 7/2011
- «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 4/2013.
 - «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2014.
- PULIDO QUECEDO, M. «¿El fin de la filiación anónima?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2/2005, parte Tribuna, *Ed. Aranzadi*, 2005.



LOS PROBLEMAS EMERGENTES EN EL DERECHO DE FILIACIÓN

- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Doble filiación paterna de gemelos mediante maternidad subrogada». *Indret*, 3/2009.
- RODRÍGUEZ VEGA, L. «Los límites del derecho a conocer la propia identidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 4/2013, parte Estudio, Ed. Aranzadi, 2003.
- ROMERO COLOMA, A. «La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 789/2009 parte Opinión, Ed. Aranzadi, 2009.
- RUBIO TORRANO, E. «El secreto de la maternidad », *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 9/2003 parte Tribuna, Ed. Aranzadi, 2003.
- SALAS CARCELLER, A. «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 10/2011.
- URÍA ACEVEDO, M. «El derecho a la identidad en la filiación». Ed. *Tirant lo Blanch*, 2012.
- VELA SÁNCHEZ. «La gestación por sustitución o maternidad subrogada. El derecho a recurrir a las madres de alquiler». *La Ley*, 2011 n.º 7608.
- «Maternidad subrogada. Estudio ante un nuevo reto normativo». Ed. *Comares*, 2012.





Diálogos jurídicos

DIÁLOGOS Y ENTREVISTAS







DIÁLOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO

«Diálogo» sobre las Leyes 39 y 40/2015

ALEJANDRO HUERGO LORA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

JAVIER GARCÍA LUENGO

Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Diálogos jurídicos: El tema que hemos planteado a los Profesores Huergo Lora y García Luengo ha sido la reciente reforma de las normas básicas del Derecho Administrativo español que se ha traducido en dos Leyes –39 y 40/2015– que han entrado en vigor el pasado 2 de octubre de 2016 y que sustituyen a la Ley 30/1992 y a otras leyes generales que constituían el núcleo duro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Alejandro Huergo Lora: Estas dos Leyes han sorprendido porque nadie estaba reclamando una reforma integral del procedimiento administrativo y del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (que, por otro lado, tampoco la encontramos en estos nuevos textos legales).

La aprobación de estas nuevas Leyes, que suponen cambiar el «sistema operativo» de todas las Administraciones (porque se citan en todo acto administrativo) supone lo contrario de la *smart regulation* que ellas reclaman, y que entre otras cosas consiste en aprobar sólo aquellas normas cuyos beneficios superan a los costes de todo tipo derivados de su introducción. Ahora hemos cambiado las normas que regulan la actuación administrativa, obligando a todos los operadores a buscar el lugar de todos y cada uno de los preceptos, aunque en la inmensa mayoría de los casos la norma no ha cambiado.

En los años 70, en Alemania la Federación y los distintos *Länder* pactaron el texto de una Ley modelo de procedimiento administrativo que después fue aprobada por los distintos parlamentos con la misma numeración de los párrafos para facilitar su manejo y para que tanto la doctrina como la jurisprudencia sirvieran para todas las Leyes.





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

Ahora hemos visto justo lo contrario: barajar el texto de la Ley 30/1992, para tener el mismo contenido con apariencia de novedad, «el vino viejo en odres nuevos».

Aunque la Ley se ha vendido (incluso a la Comisión Europea, al incluirla en el Programa Nacional de Reformas) como un intento de cambiar la forma de administrar en España, aumentando la eficiencia de la economía y facilitando las inversiones, es muy difícil ver resultado alguno de esas buenas intenciones en el texto final. Más bien se trata de incorporar la Administración electrónica (entendida como medios electrónicos en la comunicación entre los ciudadanos y la Administración y entre éstas), yendo algo más allá (pero no mucho) de lo que ya recogía la Ley 11/2007, y al hilo de ello darle una vuelta a la legislación, incorporando alguna aportación jurisprudencial y metiendo de pasada y disimuladamente alguna que otra novedad importante, en la mayoría de los casos sin advertencia ni justificación.

El resultado final produce una sensación de melancolía porque 25 años de doctrina jurídico-administrativa no han servido para nada, en el sentido de que ninguna de las sugerencias (tomadas muchas de ellas del Derecho comparado) ha sido incorporada a la Ley. El resultado contrasta, por ejemplo, con lo que ha pasado en el contencioso, donde se ha modificado completamente el recurso de casación a partir del texto elaborado por un grupo de trabajo creado en la Comisión General de Codificación. Aquí nos encontramos con un texto autárquico, preparado dentro de la tradición legislativa española (con leves innovaciones al hablar del procedimiento de elaboración de reglamentos).

Javier García Luengo: Planteas, Alejandro, un buen caudal de cuestiones muy interesantes. Las formas de la reforma y sus tiempos dejan efectivamente mucho que desear. No sólo se trata de unas Leyes aprobadas en un tiempo muy breve, apenas unos meses –por contraste la Ley de Procedimiento Administrativo alemana a que aludías es el resultado de una gestación larguísima que se extendió desde 1957 hasta 1976, entre lo uno y lo otro, digo yo que se puede encontrar un razonable término medio–, y con una tramitación tormentosa, ya que el Consejo de Estado fue tremendamente crítico con los anteproyectos, sino sobre todo porque da la sensación de que el Gobierno prefiere hacer grandes declaraciones programáticas que actuar y transformar la realidad con las posibilidades que el Derecho le da. Digo esto porque gran parte de las cuestiones que se presentan como novedades de la Ley ya estaban en la normativa anterior. Si se quería, por ejemplo, someter la actuación del sector institucional a una gestión por objetivos ahí estaba la Ley de Agencias que apenas ha tenido desarrollo en los últimos años pero que allí donde se había ensayado –el BOE es un ejemplo excelente– había tenido creo unos resultados satisfactorios. Y otro tanto con la implantación de la Administración electrónica, la Ley 11/2007 ya establecía un marco jurídico que era suficiente y que de hecho, como señalas, apenas se ha llevado un poco más lejos, lo importante no es fijar un nuevo marco sino desarrollar y poner en práctica lo que la Ley anticipa.

Con la nueva legislación seguramente hemos perdido más tiempo y efectivamente se ha intentado vender a Bruselas que se está trabajando. Bien podrían haber utilizado el tiempo de la Administración para desarrollar la potencialidad innovadora que ya tenían las Leyes antes vigentes y legislar sobre lo que era verdaderamente necesario, ahí tenemos las nuevas Directivas sobre contratación pública sin trasponer, pero ya aplicables





DIÁLOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO

directamente, generando una inseguridad jurídica y unas dificultades de gestión para todo el sector público que tienen un coste cotidiano muy alto.

Alejandro Huergo Lora: Una de las novedades, que constituye una especie de retorno a los años 50, es la división del contenido de la Ley 30/1992 en dos textos diferentes: una Ley de Procedimiento Administrativo («de las Administraciones Públicas»), la 39/2015, y una Ley, la 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, que es una especie de cajón de sastre que incorpora nada menos que el régimen sustantivo de la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial, junto a una delgada parte general sobre la organización administrativa y el contenido casi íntegro de la antigua LOFAGE de 1997, que sólo se aplica a la Administración del Estado.

La separación de este contenido en dos Leyes diferentes tiene las mismas dificultades que dividir dos siameses. Los conceptos de «régimen jurídico de las Administraciones Públicas» y «procedimiento administrativo común» aparecen en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución debido probablemente a la existencia de dos Leyes de los años 50, la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la de Procedimiento Administrativo de 1958. La Ley 30/1992 une la regulación de estas dos materias y ahora hemos recorrido el camino opuesto. La división de temas como la potestad sancionadora o la responsabilidad patrimonial (que tienen una parte sustantiva en la Ley 40 y otra procedimental en la Ley 39), con el correspondiente riesgo de preceptos contradictorios, constituye una clara prueba de lo desafortunado del intento.

Por otro lado, ese trasvase de preceptos entre unas y otras Leyes conlleva problemas prácticos ciertos, como la ausencia en la Ley 40 de normas transitorias como las de la Ley 39/2015 (por ejemplo la previsión de que los procedimientos ya iniciados se rijan por los preceptos de la legislación anterior), que sin duda son necesarios ante la incorporación en esta Ley de preceptos que no son organizativos sino relativos al ejercicio de potestades administrativas, como los dedicados a la potestad sancionadora o a la responsabilidad patrimonial.

Por otro lado, se ha querido regular de forma idéntica (en el artículo 2 de ambas Leyes) el ámbito de aplicación de las dos normas, en un prurito de sistema y de coherencia. Sin embargo, el resultado es desafortunado, sobre todo desde el punto de vista de la Ley 39/2015 (de procedimiento administrativo). La Ley 40/2015 (descontando algunos preceptos como los relativos a la potestad sancionadora, que sólo atañen a las Administraciones Públicas) es una Ley «de control», que intenta someter a todos los entes públicos a un régimen jurídico mínimo (o a diferentes regímenes jurídicos, adaptados a las distintas clases de entes). Es por ello razonable que se aplique a todo el «sector público», un concepto muy amplio que aparece ya en la Constitución para referirse al conjunto de entes sometidos al control del Tribunal de Cuentas (art. 136.1). También tiene cierto sentido (aunque con matices), desde la perspectiva de esta Ley, que sus preceptos se apliquen sólo supletoriamente a aquellos entes que, como las Universidades públicas o los Colegios profesionales (y otras Corporaciones de Derecho público) tienen su regulación específica en otras Leyes (la LOU, la Ley de Colegios Profesionales), sin que la Ley 40/2015 se refiera a ellos.

Sin embargo, esa misma regulación del ámbito de aplicación es inadecuada en la Ley 39/2015. Ésta regula, básicamente, el procedimiento administrativo necesario para dictar



actos administrativos (y reglamentos), de modo que constituye ante todo un conjunto de garantías frente al poder de dictar actos administrativos y reglamentos. Son varias las garantías de que disponen los ciudadanos (en virtud de la Constitución) ante estas manifestaciones fundamentales del poder público: no sólo el procedimiento (aunque desde luego), sino también la intervención de funcionarios (y no de otros empleados públicos) o el hecho de que tales potestades sólo puedan atribuirse a Administraciones colocadas bajo la dirección de gobiernos democráticamente legitimados (artículo 97 de la Constitución), con matices y excepciones reconocidos en la propia Constitución como la de los colegios profesionales (artículo 36). Desde ese punto de vista, esa Ley debería aplicarse a cualquier ente que ejerza potestades administrativas a través del dictado de actos administrativos, sencillamente. El hecho de que se aplique a las sociedades mercantiles del sector público (que pueden tener incluso socios privados) resulta contraproducente, porque da a entender que dichas sociedades pueden recibir del legislador la habilitación para dictar actos administrativos (algo que reconoce expresamente la Ley 40 y constituye una novedad lamentable).

Más peligrosa es la injustificada atribución a la Ley 39/2015 de un valor meramente supletorio en relación con las Universidades públicas y las Corporaciones de Derecho público. No tiene sentido que se permita a estos entes dotarse, mediante simples reglamentos, de normas particulares sobre cualquier materia del procedimiento administrativo (el régimen de recursos, o el de nulidad de los actos administrativos), que van a aplicarse con preferencia respecto a la regulación general de la Ley 39/2015. Si el constituyente (en un precepto del que carecen otros textos como la Ley Fundamental de Bonn) ha querido garantizar al ciudadano un tratamiento común ante todas las Administraciones Públicas (y es ésta, y no otra, la razón de que se atribuya al Estado la competencia para legislar en esa materia), no está justificado que estos entes puedan hacer algo que está vedado, por ejemplo, a las Comunidades Autónomas o a los entes locales.

Javier García Luengo: Precisamente, es un resultado más de la vuelta a los años 50. ¡Cómo no iban a reivindicar a las corporaciones! Estoy seguro que esa autonomía normativa, especialmente en las Universidades se matizará enormemente por vía judicial ya que el hecho de que estas instituciones tengan una autonomía institucional, reconocida para garantizar la libertad de cátedra, no quiere decir que sean entes sin Ley. No hay razón alguna para que no tengan que someterse a las reglas generales de funcionamiento de las Administraciones cuya uniformidad –en la que efectivamente nuestra Constitución insiste– es en sí misma una garantía muy importante para el ciudadano.

Por otra parte, yo también detecto una cierta reivindicación de las leyes de los años 50 que tan buena prensa han gozado desde siempre en la doctrina. No cabe duda que el mero hecho de codificar la parte general del Derecho Administrativo es una ventaja de nuestro sistema sobre otros de nuestro entorno considerable y loable, pero nuestra codificación ha sido y sigue siendo terriblemente parca y falta contenido normativo definido en cuestiones absolutamente esenciales como el propio régimen material de revisión de los actos ilegales.

Más allá de la densidad de la regulación –Tomás Cano ha criticado con razón que la parte general del Derecho Sancionador al incluirse en el *totum revolutum* de la Ley 40/2015 sigue siendo sumamente parca y dejando en el aire cuestiones esenciales, como



DIÁLOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO

la regulación de las circunstancias que modulan la responsabilidad—, es muy problemático que se regule en la misma Ley el régimen básico de todas las Administraciones y el régimen propio de la Administración del Estado, y te confieso que no soy capaz de descubrir qué criterio se ha seguido en bastantes casos para delimitar lo básico de lo que es aplicable sólo a la Administración del Estado. Un ejemplo está en el régimen de los medios propios que es una cuestión de evidente trascendencia para cumplir los principios generales de la contratación del sector público, y ahí no debería importar de qué Administración dependa éste. Pues bien, el artículo 86 de la Ley 40/2015 contiene una regla novedosa y positiva al evitar que el medio propio sea un cascarón vacío que sin tener capacidad material alguna reciba una encomienda, un encargo de la Administración matriz y lo subcontrate completamente con terceros —normalmente a través de un procedimiento menos exigente que el de la Administración de cuyos presupuestos salen los fondos para la contratación—. ¿Por qué esta regla no se aplica a todas las Administraciones y sí la que impone las normas de suplencia, por ejemplo, de los secretarios de los órganos colegiados?

Por otra parte, sí que ha habido alguna reforma positiva en cuanto al ámbito de aplicación de algunas partes de las nuevas Leyes. Es plausible someter la potestad disciplinaria a los mismos principios de la potestad sancionadora porque ello supone desmentir radicalmente la teoría de las relaciones de sujeción especial que tanto daño ha hecho, y hace todavía en nuestro sistema, y que siempre ha sido incompatible con el Estado de Derecho como el propio Otto Mayer sabía cuando la formuló. Si bien el cambio ha sido en este caso muy sorpresivo y las Administraciones no se han preparado para, por ejemplo, tipificar por Ley las infracciones del personal laboral que hoy están generalmente reguladas por convenios colectivos.

En este contexto me surge una cuestión que me preocupa especialmente y en la que me gustaría especialmente conocer tu opinión y es la problemática de la unificación de fueros procesales. Las nuevas Leyes dan varios pasos en lo que podríamos llamar la reconquista por el Derecho Administrativo de terrenos perdidos en la tan manida huida al Derecho privado. Así no sólo se somete la potestad disciplinaria sobre el personal laboral a los principios del Derecho sancionador administrativo sino que se somete a los entes de derecho privado a través de los que actúa la Administración para cumplir sus fines al régimen de la responsabilidad administrativa, en un artículo, el 35 de la Ley 40/2015, que creo merece más atención de la que se le está dando. El problema es que estamos hablando de principios e instituciones de Derecho Administrativo que tendrán que aplicar los órganos de la jurisdicción social o de la ordinaria ya que paralelamente no se ha cambiado el fuero. Ello puede llevar a que una misma regla o principio tenga dos interpretaciones distintas y hasta contradictorias y posiblemente se debería propugnar una ampliación del campo propio de la Jurisdicción contenciosa a la aplicación de estas reglas y principios públicos como ya sucede en el campo de los contratos armonizados.

Alejandro Huergo Lora: Ese fenómeno que planteas (pleitos civiles en los que son parte entes jurídico-privados del sector público, y en los que se van a aplicar normas de Derecho administrativo, al ser éstas las que rigen la actuación de tales entes) es habitual en Alemania, como bien sabes, y en torno a él surgió hace mucho tiempo la figura del *Verwaltungsprivatrecht*. En este retorno a categorías y discusiones añejas, hay que





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

recordar que hace casi veinte años, en el contexto de la «huida al Derecho privado», hubo quien defendió esa categoría alemana como una prueba de que, aunque se huya del contencioso, también los jueces civiles pueden aplicar los principios jurídico-públicos imprescindibles en la actuación administrativa. Aunque ahora no se trate tanto de huir como de una incorporación al Derecho público (aunque sea parcial, sólo en el aspecto sustantivo) de cuestiones que no se regían por él, no deja de ser curioso el retorno de esta idea.

Volviendo a ese apego a la tradición legislativa española, mantienen los nuevos textos una visión del Derecho administrativo ligada en exceso al acto administrativo (y en menor medida al reglamento), en la que se olvida que una parte importante de la actividad de las Administraciones Públicas (no ya de las empresas públicas que actúan en el mercado) no consiste en dictar actos administrativos, sino por ejemplo en informar, en crear información dirigida al público (por ejemplo mediante la elaboración de *rankings*), en promover a empresas o sectores no mediante la subvención sino a través de la participación en foros o la creación de infraestructuras, etc. Una actividad administrativa que también debe estar sometida a principios propios de un Estado de Derecho y que también requiere una tutela judicial aunque no consista en la emisión de actos administrativos.

Sin embargo, las Leyes 39 y 40 se mantienen ancladas en una concepción de la actividad administrativa como equivalente a los actos administrativos, al ejercicio de potestades administrativas de policía.

Javier García Luengo: Siendo cierto que la Ley se centra casi exclusivamente en el régimen propio del acto administrativo el nivel de regulación de algunas de las características del acto es absolutamente insuficiente. Toda la regulación de algunas figuras tan importantes como la revocación o los límites de las potestades de la revisión en general se reduce a una suma de cláusulas generales sin criterio concreto alguno, que los tribunales interpretan de las formas más diversas. En otros casos la regulación, como ocurre con la convalidación o la conversión, más que una regulación es una mención que realmente no entraña un régimen jurídico en cuestiones absolutamente centrales para la institución. La comparación de cualquiera de estas «reglas» con las equivalentes en la Ley alemana o en los reglamentos comunitarios que recogen alguna figura del procedimiento administrativo produce sonrojo y tiene consecuencias prácticas cotidianas puesto que no se puede pedir una aplicación uniforme del Derecho partiendo de una regulación tan escasa.

Es cierto que llevamos muchos años en esta situación pero también que las soluciones ya ni siquiera hay que buscarlas en otros sistemas y que no tiene sentido derogar toda la legislación general para reiterarla sin cumplir con el deber legislativo de aportar reglas claras y previsibles al juego. Tal vez estoy siendo un poco duro, es cierto que la nueva normativa regula con un detalle digno de elogio cuestiones tan esenciales como los medios para satisfacer las obligaciones de pago derivadas de los actos administrativos (artículo 98.2 de la Ley 39/2015) aclarando, con un esfuerzo encomiable, que se puede hacer uso de la tarjeta de crédito o débito.

Alejandro Huergo Lora: Por otro lado, no está bien resuelto en absoluto el problema del equilibrio entre la uniformidad (derivada de la aprobación de una normativa común)





DIÁLOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO

y el respeto a las particularidades de las distintas Administraciones y de los diferentes procedimientos. No se trata sólo de la (seguramente involuntaria) entrega a las Universidades y Colegios profesionales (entre otros entes) de la capacidad de aprobar sus propias normas de procedimiento (que es un retorno a la situación previa a la aprobación de las primeras Leyes de procedimiento, una situación en la que cada ente aprobaba su propia normativa procedimental), sino de algo más profundo y arraigado en los hábitos del legislador estatal.

De forma sorprendente, el mandato constitucional de que los ciudadanos reciban un tratamiento común ante todas las Administraciones Públicas es cumplido por las Comunidades Autónomas (que aplican estas Leyes, o antes la 30/1992), en todos los sectores de actividad, pero no, en cambio, por el Estado, que ha convertido –casi– en cláusula de estilo de las Leyes sectoriales más recientes, la que indica que los procedimientos administrativos en el ámbito que corresponda se regirán por la Ley sectorial y sólo supletoriamente por la Ley 30/1992 (o, ahora, por las Leyes 39 y 40). A la capitulación inicial ante la legislación tributaria y la de seguridad social (devida sobre todo a antiguas tradiciones de independencia ministerial, cada vez menos justificadas porque el influjo de la legislación administrativa general sobre la tributaria es creciente y ahora mismo casi absoluto), se unen las excepciones que comenzaron con la legislación de extranjería, después en la de contratos, de defensa de la competencia, la de sanciones de tráfico y tantas otras, hasta convertirse, como he dicho, en una especie de cláusula de estilo carente ya de toda justificación concreta.

Lo cierto es que el artículo 149.1.18.^a de la Constitución no quiere sólo que la legislación sobre procedimiento administrativo y régimen jurídico de las Administraciones Públicas la apruebe el Estado: también impone que sea sólo una, y ese objetivo se incumple claramente porque el legislador estatal no respeta la *función constitucional* atribuida a la legislación general de procedimiento administrativo. No se trata de una discusión entre «procedimiento común» y «procedimientos especiales», porque las Leyes 39 y 40 no regulan un «procedimiento administrativo común», sino unos elementos que se combinan de maneras diversas en cada procedimiento administrativo. La más humilde convocatoria de becas establece un procedimiento administrativo específico, combinando de un modo u otro los elementos contenidos en la legislación general. Lo único que sucede es que el legislador estatal se reserva la posibilidad de modificar en las Leyes sectoriales hasta la regulación de esos elementos básicos del procedimiento, algo que no sólo va en contra de la Constitución, sino que los legisladores autonómicos tienen vedado (y, a lo que parece, tampoco necesitan).

Sorprendentemente, esta apertura de espacios al particularismo y a la desintegración en la regulación del procedimiento administrativo (que para nada se compadece con el ideal de una regulación «mínima» que facilite la certidumbre en los operadores económicos y disminuya los costes jurídicos), convive con la innecesaria generalización de instituciones que tienen un origen sectorial y cuya extensión a otros ámbitos no parece que haya sido meditada y puede dar lugar a graves problemas.

Uno de esos casos, ya abundantemente denunciado en la doctrina, es el de la inclusión en la regulación general del procedimiento sancionador de la llamada «clemencia», que consiste en realidad en el derecho del infractor que denuncia a otros coinfractores



a quedar exento de responsabilidad (si lo hace en primer lugar, rompiendo la solidaridad entre todos ellos) o a recibir una reducción si ya ha habido otros «arrepentidos». A esta figura, tomada del Derecho de la competencia, se une la reducción de al menos el 40% (aumentable mediante simple reglamento) del importe de la sanción en caso de reconocimiento de responsabilidad y pronto pago, tomada del ámbito del tráfico. Los regímenes sancionadores tienen –es de suponer– una coherencia interna. Cuando el legislador establece un determinado importe para las sanciones, es porque considera que el importe adecuado es éste, no el 40% menos. Los descuentos y exenciones constituyen una alteración de la carga sancionadora considerada adecuada, lo que sólo está justificado en aquellos casos en que exista alguna razón para ello, como por ejemplo las dificultades para probar la comisión de infracciones «de grupo», en las que la solidaridad de los infractores, la confianza en que ninguno de ellos va a delatar a los demás, resulta fundamental, o bien la facilidad de gestión en el caso de sanciones masivas, que lleva en materia de tráfico a generalizar los descuentos por pronto pago para disuadir del empleo de medios de defensa como alegaciones o recursos administrativos, de forma que las multas, aunque con un importe relativamente reducido, se paguen de manera rápida y efectiva. No hay que olvidar que en estos casos (y singularmente en el de tráfico), el importe de las multas se actualizó y adaptó a la vez que se reguló este descuento por pronto pago (2009), de forma que ya tiene en cuenta que el importe efectivo va a ser menor que el nominal. Pero el impacto de estas novedades sobre una legislación sancionadora que no las tenía en cuenta puede ser demoledor, con una reducción importante de la eficacia disuasoria del sistema.

Es de suponer que por parte de numerosos asesores se hará una utilización táctica del nuevo sistema, proponiendo el pronto pago en algunos casos de sanciones importantes (y no precisamente masivas) en las que la facilidad de gestión no es un problema y en los que, por tanto, nada gana el legislador con estos importantes descuentos. Piénsese en multas como las de competencia o las de la CNMV, que pueden verse reducidas de golpe en un 40%. O también la creación de «arrepentimientos» o autodenuncias puramente tácticos, en ámbitos en los que no existe la misma dificultad de obtención de pruebas que en el caso de los cárteles, sólo para obtener la exención de responsabilidad.

En este punto es necesario recordar la necesidad de contar con una norma específica sobre la potestad sancionadora, que a ser posible cuente, como en Alemania, con una parte general y una parte especial que constituya un catálogo de las infracciones administrativas, para evitar que, como sucede en la actualidad, su regulación en Leyes totalmente diferenciadas y carentes de coordinación produzca un catálogo desproporcionado, en el que tanto la gravedad del castigo como el posible concurso de tipos no estén sometidos a una visión común.

Javier García Luengo: Efectivamente, el caso concreto del ejercicio de la potestad sancionadora, es especialmente sangrante porque se regulan con carácter general unos principios y se dejan cuestiones esenciales a la interpretación jurisprudencial y a la aplicación analógica del Derecho Penal. Es muy significativo que los avances que el Derecho Penal ha hecho en la aplicación de muchos principios comunes, y de las reglas concretas que los articulan, se obvien por completo en la «nueva» regulación. El caso de las circunstancias que modifican la responsabilidad es especialmente relevante porque



DIÁLOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO

aplicar el Derecho Penal sin más puede no estar justificado en absoluto y cuando menos genera una gran inseguridad.

Entre las figuras que en el Derecho Penal se han desarrollado y que se desconocen sin motivo alguno en el ámbito sancionador yo, a riesgo de ser reiterativo con el tema, destacaría los días-multa que permiten ajustar la sanción a la capacidad económica del sancionado como, creo, exige el principio de igualdad. No es de recibo que se sancione con la misma cantidad por una infracción a una multinacional y a una persona que está en el paro o cobra una pensión asistencial. No me cabe duda de que implantar el sistema en el ámbito administrativo es una tarea compleja para el legislador precisamente por el enorme desarrollo de las particularidades en la normativa sectorial pero en otros sistemas comparados se impone por lo menos el principio general de adecuación de la sanción a la capacidad del sancionado.

También en el tratamiento de la potestad sancionadora destaca cómo la reforma está falta de un enfoque integral. Por ejemplo, se reconoce un derecho del particular sancionado por una norma que posteriormente se altera rebajando o eliminando la sanción a que se le aplique la norma más favorable retroactivamente incluso cuando ya está sancionado y la sanción es firme, pero no se hace mención alguna a qué cauce procedimental se ha de utilizar para obtener la revocación, que se ha considerado siempre una potestad discrecional de la Administración, o cómo se va a detener el procedimiento de apremio sobre el patrimonio. Seguramente lo razonable es considerar que una solicitud de revocación del particular o una oposición contra la diligencia de apremio en estos supuestos deba ser admitida, pero desde luego teniendo en cuenta que se están modificando a un tiempo las normas sustantivas y las procedimentales no hubiese estado de más una aclaración al respecto.

Alejandro Huergo Lora: Una de esas novedades agazapadas en el texto, y carentes de explicación o justificación, es la regulación del deber de colaboración en el artículo 18 de la Ley 39/2015, que tiende a extender a todos los ámbitos sectoriales el mismo deber que actualmente existe en materia tributaria o en otros como por ejemplo el de los deportistas respecto a los controles antidopaje. Es verdad que en los últimos años ha habido esfuerzos dirigidos a regular con carácter general las potestades de inspección, pero el resultado ha ido mucho más allá de lo esperable o deseable.

Con carácter general, el ordenamiento escalona las potestades de intervención que afectan a derechos fundamentales en función de la importancia relativa de los bienes jurídicos para cuya protección se ejercen esos poderes. Así, la misma Constitución efectúa esa distinción al limitar a la persecución de delitos (no de infracciones administrativas) afecciones como la entrada en domicilio sin autorización judicial (artículo 18.2) o las restricciones al derecho de acceso a archivos y registros administrativos [artículo 105. b)]. Del mismo modo, técnicas como la intervención de comunicaciones (incluidas sus manifestaciones en el ámbito electrónico, ahora detalladamente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal) también están limitadas a la persecución de delitos.

En el ámbito administrativo, se ha venido entendiendo que la imposición a los ciudadanos de un deber de suministrar información a la Administración en términos amplios (información con una evidente trascendencia sancionadora, en la medida en que la negativa a suministrarla constituye una infracción y la información misma puede



servir de soporte probatorio a la imposición de una sanción) es un mal que está justificado allí donde, a juicio del legislador, sea necesario para garantizar la efectividad de la legislación que trata de aplicarse. Ese es el criterio que el TC, en su sentencia 76/1990, consideró que servía para legitimar constitucionalmente los intensos deberes de colaboración establecidos en la legislación tributaria. Y es un criterio ahora abandonado, en la medida en que el deber de colaboración se consagra del modo más amplio.

Por otro lado, la regulación de este deber en el artículo 18 de la Ley 39/2015 resulta, si no ambigua, muy poco clara, porque inicialmente parece que va a remitirse a cada Ley sectorial, pero a continuación se establece, en defecto de Ley, un nivel altísimo en la exigencia de colaboración, que parece muy difícil que pueda elevarse por otros textos legales.

Ello plantea, además, numerosas cuestiones en relación con su eficacia práctica, porque en caso de incumplimiento de ese deber de colaboración la única reacción posible es una sanción y, sin embargo, esta Ley no la tipifica, de modo que sigue siendo necesario que la legislación sectorial la prevea. Nos encontramos sin duda ante una de las diferencias relevancias entre la potestad administradora sancionadora y la penal, en la medida en que a los deberes de colaboración con la Administración, que suponen para ésta una forma pasiva de obtención de pruebas contra los administrados, se contraponen en el ámbito penal (en el que está más limitada la utilización de esa información suministrada coactivamente por el interesado), las potestades de obtención activa de información (con autorización judicial), a través del uso de técnicas de intervención incluso limitativas de los derechos fundamentales.

Javier García Luengo: Efectivamente, el deber del artículo 18 de la Ley 39/2015 se ha formulado en términos cuando menos preocupantes por su generalidad, pero además una vez obtenida la información por una Administración la Ley 40/2015 en su artículo 141 establece también en términos muy generales el deber de transmitir esa información a otras Administraciones Públicas que la requieran para el ejercicio de sus potestades.

Es cierto que el mismo precepto establece los supuestos en que tal requerimiento puede ser rechazado en términos igualmente amplios: cabe fundamentar el rechazo –más allá de los casos de información confidencial o reservada– en que no disponga de medios suficientes para suministrarla –lo cual es llamativo en el contexto de unas leyes que quieren impulsar la Administración electrónica–, o en algo tan general como que con el suministro se «causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones». Sin embargo, no hay en el artículo una mención expresa a la normativa de protección de datos de carácter personal que, sin embargo, sí que se hace para el caso de la transmisión de datos en el marco de las relaciones electrónicas entre Administraciones Públicas que está prevista en el artículo 155 de la propia Ley 40/2015. Cabría preguntarse si es posible ahora la cesión de datos de carácter personal entre Administraciones sin consentimiento del particular más allá de lo que permite el artículo 11.2.e) de la LOPD que admite la cesión sin consentimiento cuando se produzca entre Administraciones públicas «y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.» O si ha de entenderse alterado lo dispuesto en el artículo 21 de la propia LOPD que prohíbe que los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públi-



DIALOGO ENTRE ALEJANDRO HUERGO LORA Y JAVIER GARCÍA LUENGO

cas para el desempeño de sus atribuciones sean comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. Creo evidentemente que estas limitaciones se mantienen vigentes y que el artículo 141 debe ser interpretado en el marco de las mismas, pero nuevamente es una norma bastante desafortunada y que por lo menos crea un cierto grado de inseguridad.

Alejandro Huergo Lora: Algunas de las novedades, incluso las más comentadas, presentan ribetes cuando menos cómicos. Se ha criticado mucho el artículo 37.2 de la Ley 39/2015, que establece la nulidad de los actos administrativos que vulneran reglamentos, sin más. Se trata sin duda de una norma desafortunada porque, tomada en serio, acabaría con el régimen de invalidez de los actos administrativos. En efecto, si los actos contrarios a reglamentos son nulos, también tendrían que serlo los actos contrarios a las leyes o a la Constitución. La nulidad de pleno derecho pasaría a ser la regla general ante la invalidez de los actos administrativos (si es se mantiene aún alguna excepción a la misma). Curiosamente, esa misma regla ya estaba en vigor en la Ley del Gobierno, aunque nadie le había hecho caso alguno (a pesar de que su ámbito de aplicación, aún limitado a los actos que vulneran reglamentos estatales, ya era bastante amplio). Es de suponer que tampoco ahora tendrá demasiada repercusión práctica.

Más curioso es el caso de los apartados 4 y 5 del artículo 39 de la Ley 39/2015, que establecen la obligación de todas las Administraciones de aplicar (sin excepción) aquellos actos y disposiciones de otras Administraciones que constituyan el marco del ejercicio de sus propias competencias, aunque los consideren contrarios a Derecho. Parece claro que la norma se dirige sobre todo a las Comunidades Autónomas y entes locales, que con frecuencia se ven obligadas (debido a la distribución competencial que les convierte en ejecutores de la legislación estatal) a aplicar normas y actos con los que no sólo no están de acuerdo sino que los consideran nulos e incluso los tienen recurridos. Lo que hace este precepto es cortar de raíz la posibilidad de que una Administración, invocando la pretendida nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria o acto (estatales), los inaplique, cosa que teóricamente podría hacer alegando la ineficacia de los actos nulos de pleno derecho y su falta de dependencia jerárquica respecto a la Administración del Estado.

Curiosamente, sin embargo, la norma que pretende con tanta energía tapan este agujero, finaliza abriéndolo al decir que, en caso de recurso contra esa norma o acto estatales, la Administración recurrente no tendrá que aplicarlos hasta que el recurso se resuelva, lo que equivale a una suspensión cautelar automática (aunque parcial, relativa sólo a la Administración impugnante), que carece de paralelo en nuestra justicia contencioso-administrativa, tan parca en el otorgamiento de medidas cautelares.

Javier García Luengo: Así es, el tratamiento de la nulidad en la Ley es casi cómico. El problema es que dada la importancia del asunto lo cómico puede resultar trágico para muchos afectados. Si nuestro legislador sectorial siempre ha tenido una cierta tendencia a no delimitar con precisión entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, empleando con frecuencia y notable ambigüedad la mera calificación de «nulidad», el problema es que ahora el mismo legislador básico que tiene que definir la frontera





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

entre lo nulo y lo anulable la traspasa, y de qué forma, con un artículo como el 37.2 que con la referencia expresa que hace al artículo 47 no permite, en su tenor literal, salvar la ambigüedad a favor de la mera anulabilidad. Algo que, no obstante, con seguridad harán los tribunales ya que en otro caso se podrían dar todo tipo de situaciones absurdas siendo más grave vulnerar un reglamento que la Ley. Sólo pensar que toda licencia contraria al planeamiento sea nula de pleno derecho ya puede dar una idea de la inseguridad jurídica que esta interpretación traería consigo. La seguridad Jurídica es un valor garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución y una interpretación literal del artículo 37 sería en mi opinión contraria a esta norma constitucional. Que la firmeza de los actos es una cuestión de trascendencia constitucional lo ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional español y es una doctrina bien asentada en otros países con el mismo entorno constitucional.

No obstante, es cierto que la exclusiva del tratamiento «singular» de la frontera entre la nulidad y la anulabilidad no la tiene el Legislador. El Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente que los actos dictados en aplicación de una norma declarada inconstitucional son también nulos de pleno derecho. Esa afirmación se contiene en la misma línea jurisprudencial que reconoció en su día la responsabilidad del Estado Legislador por los daños provocados por Ley inconstitucionales. Hoy la Ley 40/2015 reconoce ese supuesto de responsabilidad, y el paralelo por infracción del Derecho de la Unión Europea, pero al mismo tiempo los cercena considerablemente, sobre lo que venía reconociendo la jurisprudencia al exigir que se hayan agotado todas las vías de recurso hasta obtener una sentencia firme, que se haya alegado la causa de inconstitucionalidad o vulneración del Derecho de la Unión que luego se haya declarado por el TC o el TJUE y, finalmente, limita el periodo en el que se podrá reconocer el daño a los cinco años anteriores a la Sentencia que declare dicha vulneración salvo que la misma disponga otra cosa. Si las bases de la jurisprudencia que reconoció el Derecho eran, en mi opinión, débiles la limitación temporal de un supuesto derecho antes de que nazca parece inconsecuente. O se admite que una resolución firme –judicial o administrativa– es inatacable y que la responsabilidad en estos casos es una vulneración abierta de la seguridad jurídica o se asume la idea jurisprudencial, a mi juicio equivocada, de que el acto que aplica la ley inconstitucional es nulo y nunca puede ser firme.

(Ambos) A estas alturas parece claro que estas dos nuevas Leyes no convierten «bibliotecas enteras en basura» sino que probablemente han generado una mediana biblioteca ellas mismas con las dudas y comentarios que han provocado. En todo caso, agradecemos a la dirección de la revista la amable invitación a exponer públicamente nuestros puntos de vista.





DIÁLOGO ENTRE ANTONIO MARTÍN VALVERDE Y JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Magistrado jubilado del Tribunal Supremo

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Joaquín García Murcia. Salvo un primer periodo dedicado al ejercicio de la Inspección de Previsión Social, has repartido tu vida profesional, dedicada siempre al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, entre la Universidad y la Magistratura. ¿Qué apartado de esa dedicación te ha parecido más atractivo o más interesante, particularmente para una persona que, como es tu caso, ha mostrado en todo momento una especial preocupación por los principios informadores del Derecho y por las grandes estructuras jurídicas? ¿Qué tarea te ha reportado mayores satisfacciones, la de especulación o construcción dogmática o la de interpretación de la norma con vistas a su aplicación inmediata? ¿Qué consejos darías, desde toda esa experiencia, a un jurista joven deseoso de conocer a fondo el mundo del Derecho?

Antonio Martín Valverde. Mirando hacia atrás, con la perspectiva autobiográfica que me propones, he llegado a la conclusión de que lo que más me interesa ahora, y lo que más me gusta ahora, es la dogmática (construcción de conceptos, formulación de principios) y la historia (descubrimiento de líneas de evolución) del Derecho del Trabajo. Pero el estudio en este nivel de abstracción de una rama del derecho positivo ha requerido en mi caso (y creo que aconseja en todo caso) una mínima experiencia de la aplicación del ordenamiento, bien en el foro, bien en la Administración, bien en la empresa.

Me considero muy afortunado de haber vivido esta experiencia de lo que el profesor Borrajo Dacruz suele llamar el «derecho vivo» primero en la Inspección de Previsión Social, y después en el Tribunal Supremo. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, encargada de la unificación de la doctrina y la formación de la jurisprudencia, ha sido y debe seguir siendo la «sala de máquinas» del ordenamiento laboral; y ha sido para mí un singular privilegio pertenecer a ella, compartiendo decisiones con colegas tan eminentes como mi padrino en tareas jurisdiccionales, Rafael Martínez Emperador.

Mi consejo de jurista veterano a un «jurista joven» es que descubra y elija bien a qué profesión jurídica quiere dedicar su vida profesional; hay muchas y muy variadas





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

clases, y son muy diversas las cualidades requeridas para su ejercicio. Si el jurista joven quiere «conocer a fondo el mundo del derecho» mi consejo es que combine (y contraste, en su caso) los estudios de dogmática e «ingeniería jurídica» (derecho positivo), con los estudios de teoría del Derecho («pensamiento jurídico»), y con el conocimiento de la «realidad normada» (Alonso Olea *dixit*) en las distintas ramas del Derecho (economía laboral y sociología del trabajo y de la empresa, si hablamos de Derecho Laboral).

Joaquín García Murcia. Suele decirse que el Derecho del Trabajo, mediante una regulación más atenta a los problemas sociales y laborales del trabajo asalariado, ha contribuido a la paz y la justicia social, y que también ha facilitado la integración de las clases trabajadoras en una sociedad burguesa o capitalista. Con más de cincuenta años de dedicación al Derecho, y particularmente a esa rama especial del Derecho, ¿qué dirías hoy en día a propósito de esas posiciones más o menos clásicas? ¿Sigue siendo el Derecho del Trabajo ese derecho «social» que se vislumbraba en sus orígenes? ¿Crees que las transformaciones económicas y sociales de los últimos tiempos han hecho perder protagonismo al Derecho del Trabajo? ¿Puede cumplir aún el Derecho del Trabajo los fines de tutela y compensación que lo caracterizaron en sus inicios y en sus primeras fases de formación?

Antonio Martín Valverde. Mi respuesta es netamente afirmativa. El Derecho del Trabajo debe y puede seguir inspirándose (y, en general, se sigue inspirando) en las ideas clásicas de paz social y justicia social. Pero lo que ha acabado o debe acabar (merecidamente, a mi juicio) es la idea de un Derecho Social indiferente e imperturbable a los condicionamientos de la economía. Esta idea no es realista, pecando de exceso de optimismo; no me parece posible un Derecho Social en el que las prestaciones y las protecciones son supuestamente «blindadas» o «irreversibles»; la idea de Fukuyama del «fin de la historia» tampoco es aplicable en este campo.

En cualquier caso, los objetivos de tutela y compensación que caracterizaron al ordenamiento laboral en sus primeras fases se aplican ahora a personas y a intereses distintos. Y las ideas de reparto equitativo de ventajas y sacrificios que constituyen la manifestación más específica de la justicia social afectan ahora a muchos sujetos, además de a los empresarios y a los trabajadores ocupados: activos/inactivos, empleados/desempleados, directivos/no directivos, cualificados/no cualificados, *insiders/outside*rs (típicos/atípicos) en el mercado de trabajo, varones/mujeres en el trabajo, jóvenes/mayores/maduros, nacionales/extranjeros, comunitarios /extracomunitarios, etcétera. Ante esta expansión de los intereses en juego, el conflicto de clases empresarios-trabajadores, pacificado y regulado por el ordenamiento social se ha difuminado un tanto, resultando menos visible. Pero ello no supone, a mi juicio, la «deconstrucción» del Derecho del Trabajo, sino su reconstrucción sobre bases distintas.

Joaquín García Murcia. El Derecho del Trabajo de los países occidentales, y de buena parte del mundo desarrollado, o en vías avanzadas de desarrollo, ha sufrido un profundo proceso de reforma desde que se apreciaran síntomas de agotamiento de aquel periodo de constante mejora y progreso continuo que habitualmente se conoce como «los treinta dorados» y que se corresponde aproximadamente con las décadas inmediatamente siguientes a la Segunda Guerra Mundial. ¿Qué valoración te merecen esas reformas





ENTREVISTA DE JOAQUÍN GARCÍA MURCIA A ANTONIO MARTÍN VALVERDE

más modernas del Derecho del Trabajo? ¿Crees que se trata de operaciones «injustas», como a veces se dice, o piensas por el contrario que ha sido un proceso de renovación de la legislación laboral necesario y razonable?

Antonio Martín Valverde. La reforma del mercado de trabajo es un proceso de adaptación que se inicia efectivamente, como tú Joaquín has puesto de relieve en un excelente estudio, tras los «treinta dorados» o «gloriosos» años que siguieron a la terminación de la 2.^a Guerra Mundial. En abstracto, este proceso se justifica en respuesta a los dos grandes sucesos de la evolución socioeconómica de la actual etapa histórica, iniciada a mediados los setenta del pasado siglo: la globalización y la incorporación a los procesos productivos de nuevas tecnologías de información y comunicación.

Lo anterior no quiere decir que las distintas «reformas laborales» o episodios de reforma del mercado de trabajo en que se ha concretado el proceso de adaptación (ocho desde 1976 a 2015, según mi cuenta, que coincide con la de la mayoría de los autores) hayan acertado siempre en el tratamiento; ni mucho menos que todas las medidas de remodelación legislativa comprendidas en las reformas laborales sean irreprochables. Se impone aquí un esfuerzo de análisis pormenorizado de normas e institutos jurídicos, huyendo de los dos extremos de la justificación neoliberal sumaria, y del cómodo discurso de los «recortes» o «retrocesos» en las «conquistas sociales». En contra del planteamiento neoliberal o libertario habría que recordar las dolorosas «imperfecciones» históricas y actuales del mercado de trabajo, padecidas las más de las veces por los trabajadores. En contra de la queja mecánica y recurrente sobre los recortes habría que decir que las cuentas deben cuadrar también en el Derecho del Trabajo, sin que las principales fuentes creadoras de empleo, que son las PYMEs, se vean obligadas a cerrar con llave sus establecimientos.

Joaquín García Murcia. Un fenómeno cada vez más intenso y más evidente es el de «laboralización» de la Administración pública, no sólo porque una gran parte de los empleados públicos son en la actualidad empleados de régimen laboral, sino también porque al ámbito de la Administración han llegado instituciones y reglas típicamente laborales, como los derechos de acción colectiva, incluido el derecho de huelga, o los instrumentos de prevención de riesgos laborales. Si en algún momento histórico pudo parecer que el Derecho del Trabajo acogía alguna institución de derecho público, como la excedencia, desde hace algunos lustros da la impresión de que el Derecho del Trabajo, por vías directas o indirectas, está contribuyendo en altas dosis a la configuración del régimen jurídico del empleo público. ¿Qué te parece todo ese fenómeno? ¿Crees que tiene pleno sentido en el ámbito de la Administración pública el trasplante de todas esas instituciones laborales? ¿Ves alguna dificultad o contradicción en la convivencia, dentro del mismo ámbito de trabajo, de una regulación laboral y una regulación funcionarial, aun cuando ésta última esté muy influida por la primera? ¿Tiene razón de ser que el empleo público laboral sólo pueda ser regulado por el Estado y, en cambio, el empleo público de régimen funcionarial o administrativo esté regulado por el Estado de forma básica y por la correspondiente Comunidad Autónoma de forma complementaria?

Antonio Martín Valverde. Joaquín, hay muchas preguntas en esta pregunta, y no estoy en las mejores condiciones para contestar a todas ellas. Por ejemplo, a la última: no he





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

estudiado a fondo el Derecho del Empleo Público de las CCAA, por lo que prefiero por ahora no opinar sobre si la diversificación de esta rama del Derecho es compatible o adecuada desde el punto de vista de la exigencia lógica de una mínima regulación «básica» uniforme.

Para que no se diga que escurro el bulto, manifestaré mi opinión sobre los principales aspectos laborales y jurídico-administrativos del Derecho del Empleo Público que propones; muy sintéticamente se puede resumir como sigue:

a) la «ósmosis» de institutos jurídicos entre el ordenamiento del sector privado y del sector público es aceptable dentro de ciertos límites; la palabra «trasplante» que empleas en tu pregunta subraya muy bien lo delicado y arriesgado de la operación; lo que no impide que el trasplante, en determinadas parcelas, sea factible y puede resultar beneficioso;

b) en lo que concierne al Derecho colectivo del Trabajo, la incorporación de sus instituciones a los empleados públicos debe tener en cuenta que los estatutos respectivos de funcionarios y trabajadores de régimen laboral son no sólo diferentes por exigencia constitucional, sino también distintos en cuanto a las exigencias de protección y equilibrio de fuerzas: los modos de acceso, los criterios de regulación de condiciones de trabajo y la garantía del empleo de los funcionarios suelen dotar a los empleados de la función pública de una posición en la que: a) el «trasplante» del derecho de huelga y de la negociación puede resultar parcialmente contraindicado (o totalmente: caso, a mi juicio, de los jueces y fiscales), y b) esta pérdida de instrumentos de defensa puede ser compensada con un uso más intensivo de otros mecanismos de garantía, diálogo y participación. Por decirlo con una fórmula breve: la función pública no pertenece al «árbol del mercado de trabajo»; es una planta aparte.

c) el sector público se enfrenta en la actualidad a una necesaria reconsideración de sus dimensiones; a esta cura de adelgazamiento deben contribuir todos, aunque en distinta medida según sus respectivos estatutos: los empleados de régimen laboral, los funcionarios «redundantes» y también desde luego los cargos políticos.

Joaquín García Murcia. La Seguridad Social ha sido un compañero de viaje habitual del Derecho del Trabajo, tanto en la actividad legislativa, al menos en las primeras etapas de la legislación social, como en el terreno de la docencia y la investigación. Suelen contemplarse, además, como los dos principales soportes del denominado «Derecho social». Tus primeros pasos profesionales estuvieron dirigidos hacia la Seguridad Social, tanto en el ejercicio de aquellas labores inspectoras como en la preparación de los estudios de doctorado; de hecho, tu Tesis Doctoral estuvo dedicada a la seguridad social agraria. ¿Cómo valoras el sistema de seguridad social desde la perspectiva actual? ¿Consideras que sus principios estructurales siguen siendo válidos hoy en día o piensas que es conveniente algún tipo de transformación o reestructuración? Habida cuenta que pertenecemos a una comunidad de países dentro de la Unión Europea, ¿tendría sentido en la actualidad la implantación de algún mecanismo de protección social de carácter supranacional, como en alguna ocasión se ha sugerido para la cobertura del desempleo?

Antonio Martín Valverde. Es cierto que mis primeros estudios doctrinales corresponden al área de la Seguridad Social, y que mi investigación posterior a este campo





ENTREVISTA DE JOAQUÍN GARCÍA MURCIA A ANTONIO MARTÍN VALVERDE

de estudio ha sido más intermitente. Pero afortunadamente he seguido dedicando, por obligación y por devoción, bastante atención a las instituciones de Seguridad Social; durante muchos años (no ahora) el recurso de casación para la unificación de doctrina creado en la reforma del proceso laboral que coincidió con mi incorporación al Tribunal Supremo (1989-1990) se concentró en dichas instituciones. Digo afortunadamente porque la Seguridad Social, con independencia de su interés científico específico, constituye un «entorno» del ordenamiento laboral en sentido estricto, sin cuyo conocimiento los mecanismos de protección, compensación y reparto de este último no se pueden comprender bien. Por poner un ejemplo señalado: la protección por desempleo y el régimen de la jubilación son, como suelen decir los colegas italianos, los «amortizadores sociales» del mercado de trabajo; el volumen de la demanda de empleo viene determinado en buena medida por una configuración eficaz y equilibrada de estos amortizadores.

No veo nada fácil de organizar, ni tampoco nada probable (a corto o medio plazo) en términos políticos, un mecanismo supranacional de protección social del desempleo.

Joaquín García Murcia. Por tus viajes y estancias en Universidades y sedes jurisdiccionales de otros países, has podido conocer bien el Derecho del Trabajo desde una perspectiva comparada. Es verdad que los sistemas nacionales, aunque en apariencia presenten muchas diferencias, en el fondo se asemejan bastante, por la clase de problemas que han de afrontar y la clase de soluciones que a tal efecto pueden aportar; una proximidad que, por razones obvias, es mucho más acusada en el ámbito de la Unión Europea, en buena medida a causa de las consabidas directrices de armonización. En todo caso, ¿cómo valoras el Derecho español del Trabajo desde esa perspectiva comparada? ¿Resiste bien las comparaciones si atendemos a su estructura y a sus orientaciones? ¿Son sus respuestas homologables a los estándares europeos? Por cierto, ¿se ajusta bien nuestro Derecho del Trabajo a las exigencias de la normativa internacional más allá de lo que pueda exigimos el Derecho de la Unión Europea?

Antonio Martín Valverde. No hay motivos aquí para la autoflagelación; y conviene también evitar la autocomplacencia. Dicho esto, creo que nuestro ordenamiento laboral, al menos hasta ahora, ha resistido francamente bien la comparación con los de los países comparables. Me parece que la legislación actual se ajusta, salvo en aspectos de detalle (como el del caso *Rabal Cañas*), a las exigencias del Derecho común europeo. Y lo mismo puede decirse de la legislación histórica, cuyos niveles de protección permitieron en 1986 una incorporación virtualmente automática del «acervo comunitario». A lo anterior hay que añadir que el proceso en curso en los países eurocontinentales de reforma del mercado de trabajo se ha llevado a cabo entre nosotros con apreciable diligencia (con la excepción de la reforma laboral de 2010, un tanto por detrás de los acontecimientos).

En cuanto a la efectividad de la normativa laboral, la comparación es también favorable respecto de la eficacia de los mecanismos de inspección y vigilancia, del ámbito de la garantía de la tutela jurisdiccional, del «tiempo de respuesta» de la justicia y de la calidad de esta última.

Unos cuantos puntos de cierta preocupación advierto en el panorama presente. Uno de ellos es el desbordamiento del derecho de huelga en algunas decisiones jurisdiccio-



nales (incluidas del TC y del TS). Otro, la tendencia de las organizaciones sindicales a la instalación en una retórica de confrontación política, que por fortuna no se ha trasladado a sus relaciones con los empresarios y sus asociaciones. Y un tercero, la respuesta insuficiente del sistema productivo y de las políticas activas de empleo al problema del paro, y en particular al paro juvenil. Pero, como es obvio, esto último no es imputable (o no es imputable sólo, ni tal vez principalmente) al factor jurídico-laboral.

Joaquín García Murcia. El Derecho del Trabajo siempre ha querido representar una especie de avance respecto del Derecho común en el modo de afrontar y resolver las cuestiones sociales. Ha ocurrido así en el plano de la legislación sustantiva, donde los principios de compensación y tutela del trabajador supusieron una importante reorientación respecto de los dogmas propios de la codificación civil, y ha sucedido algo similar en el terreno procesal, donde desde muy pronto también se acogieron una serie de principios, como los de oralidad, inmediación o celeridad, que trataban de atender de forma más adecuada las demandas o reclamaciones laborales, que son sobre todo demandas y reclamaciones de los trabajadores. En cualquier caso, el Derecho común (tanto en su dimensión sustantiva como en su faceta procesal), y el Derecho en general, han cambiado mucho desde aquellos primeros tiempos de emergencia de la legislación social, y ello tal vez permita preguntarse por el significado actual del Derecho del Trabajo en el conjunto del ordenamiento jurídico. ¿Sigue siendo un «derecho especial»? ¿Siguen siendo tan particulares sus principios inspiradores y sus instituciones? ¿Es mayor ahora que en otros tiempos el grado de cercanía entre el Derecho del Trabajo y el Derecho común?

Antonio Martín Valverde. Tengo la impresión de que la legislación laboral *sensu stricto* ha entrado en una fase por decirlo así más «redistributiva» que de «vanguardia» o «avanzada». Los más acuciantes problemas de justicia social se han desplazado, a mi modo de ver, a territorios más o menos próximos, como la asistencia social en sus distintas manifestaciones, la ayuda al desarrollo, el ordenamiento tributario o la normativa del comercio internacional.

En otro orden de ideas, la aportación doctrinal del Derecho del Trabajo a la ciencia del Derecho ha sido y puede seguir siendo muy notable; efectivamente, muchos institutos del Derecho común sustantivo y procesal han adquirido un perfil más nítido y ajustado al ser contemplados desde el punto de vista de las relaciones laborales. Es cierto que, como dijo Kahn-Freund a propósito de los *Commentaries* de Blackstone, el contrato de trabajo ha podido ser entre nosotros, durante un cierto tiempo, el «hijo olvidado» del Derecho de Obligaciones y Contratos. Pero en la Europa continental, en España y en el propio Reino Unido tal afirmación seguramente ya no se corresponde con la realidad.

Joaquín García Murcia. Aun cuando no sea estrictamente una fuente del Derecho, es indudable el valor de la jurisprudencia para la comprensión e incluso para la conformación del ordenamiento jurídico. Esa afirmación es válida con seguridad para todas las ramas jurídicas, pero es muy fácil de contrastar en el terreno concreto del Derecho del Trabajo. Con tu incorporación a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo has tenido la oportunidad de participar activamente en la creación de jurisprudencia, ingrediente jurídico por el que, además, tú has mostrado siempre un especial interés. ¿Cómo valoras



ENTREVISTA DE JOAQUÍN GARCÍA MURCIA A ANTONIO MARTÍN VALVERDE

la aportación jurisprudencial al Derecho del Trabajo? ¿Qué podrías destacar sobre el moderno «recurso de casación para unificación de doctrina»?

Antonio Martín Valverde. Joaquín, me falta «distancia» para valorar la aportación de la jurisprudencia social al Derecho del Trabajo; la Sala de lo Social del Tribunal Supremo empieza a funcionar a principio de los años treinta, y lleva por tanto, si se descuentan los años de la Guerra Civil, unos ochenta años de funcionamiento. Y yo he pertenecido a ella, de 1989 a 2013, casi veinticinco años, es decir casi una tercera parte de su tiempo efectivo de operación.

El recurso de unificación de doctrina ha sido, desde luego, un instrumento de excepcional valor en la formación de la jurisprudencia social. Implantado en 1990, y activo desde 1991, ha permitido detectar los principales problemas interpretativos en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social. La configuración de este instrumento procesal proporciona de manera natural la sustancia de los principales argumentos de las cuestiones controvertidas.





ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

BENJAMÍN RIVAYA

Catedrático acreditado de Filosofía del Derecho. Universidad de Oviedo

ELÍAS DÍAZ GARCÍA

Catedrático jubilado de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid

BENJAMÍN RIVAYA ENTREVISTA A ELIAS DÍAZ

Benjamín Rivaya: *Supongo que tiene que marcar haber nacido en Salamanca en 1934 y haber vivido en esa capital castellana la guerra y la posguerra.*

Elías Díaz: Permítame el amigo Benjamín Rivaya dos precisiones iniciales, nada menos que identitarias, antes de ir más al fondo en esta primera entrada de la entrevista. Una, que como decía aquel vasco respecto de Bilbao, tampoco yo soy exactamente de la misma, misma, Salamanca sino que nací en un pequeño pueblo situado casi en la raya entre esa provincia y la de Ávila: se llama, con orígenes medievales, Santiago de la Puebla. La otra precisión es para recordar –ahondando en tales identidades– que Salamanca más bien formaba parte del Reino de León (anoto pues aquí, que más cercano a Asturias) compuesto, junto a estas dos últimas citadas provincias, por Zamora, Valladolid y Palencia; en cambio, Ávila era castellana vieja, con Santander, Burgos, Logroño, Soria y Segovia. Esto era, al menos, lo que estudiábamos en el Bachillerato. Hoy «desgarrados» (separados) estos territorios, somos –la mayor parte de ellos otra vez reunidos– la Comunidad autónoma de Castilla y León. O sea que Elías Díaz es mixto, mestizo, entre (o de) una y otra.

La verdad es que yo no me había preocupado para nada de estas particulares atribuciones ni al nacer ni, lo que es más grave, apenas, hasta hacerme algo mayor. Lo fui bastante tiempo después sobre todo gracias a las justificadas broncas que, a causa de esa mi indeterminación personal e histórica, me echaba siempre quien sería mi buen amigo, fiero e indómito leonés, el gran Anselmo Carretero autor (ya en los años cuarenta y cincuenta en el exilio) de muy importantes y pioneras obras sobre «Los pueblos de España», «El país leonés» y «Las nacionalidades españolas». Para mí –y esa fue mi juvenil y básica preocupación– era toda España, toda ella, toda entera, la que estaba por aquel régimen dictatorial asolada, degradada y subyugada. Señalo asimismo por lo que se refiere a aquella otra inicial precisión sobre el indicado lugar exacto de mi



nacencia, que de hecho lo fue allí por ser médico de Santiago de la Puebla mi abuelo materno. Mis padres vivían ya desde años antes en la misma, misma, Salamanca pero mi madre en plazo oportuno se iba a «dar a luz» –¡que feliz expresión!– a su doctoral casa paterna, ya en 1931 cuando mi hermano mayor. Y así ocurrió también conmigo, con el segundón, aquel 5 de junio de 1934.

Pero con dos años transcurridos estallaría la que enseguida, tras la sublevación militar y de sectores políticos de derechas, algunos directamente fascistas, contra la República, vendría a convertirse y consolidarse como duradera y muy cruel guerra (in) civil en toda aquella España. Eso, como bien señalas, por fuerza tuvo que marcarnos a todos entonces y por mucho más tiempo. Salamanca fue por algunos meses de ese 1936 la capital oficial del mando impuesto bajo la jefatura del general Francisco Franco. El alma de la ciudad, con sus a favor y en contra, con sus internas contradicciones y su voluntariosa «alterutalidad», era sin duda Miguel de Unamuno, quien (tras su muerte el 31 de diciembre de ese mismo año de 1936 y en medio su valor cívico el famoso 12 de octubre en su Universidad) seguiría siéndolo como símbolo para la mejor posteridad. De todo esto se hablaba en voz baja con sumo, extremo, cuidado y prudencia (y temor) en aquella Salamanca, donde se habían producido en aquellos primeros momentos y después también, muertes, asesinatos, entre otros, de catedráticos como Casto Prieto Carrasco, diputados como José Andrés Manso o, incluso, del pastor evangélico Atilano Coco. Era la «lógica del terror», el proceso de envilecimiento y devastación interna de las conciencias que –acusa Unamuno– la guerra está produciendo entre las gentes de un lado y de otro (los «hunos y los otros», había adelantado aquel).

Mis primeros y más fuertes recuerdos directos de todas aquellas vivencias son los bombardeos de la aviación republicana sobre Salamanca, sobre las zonas más cercanas a los cuarteles (Barrio Garrido donde nosotros vivíamos); el penetrante sonido, profundo y prolongado, inolvidable, de las potentes sirenas de alarma avisando a la gente, así como nuestras carreras precipitadas hacia los refugios más cercanos. Recuerdo perfectamente, veo a mi madre en constante tensión («¡calla!», esa era siempre su cortante palabra), oyendo noche y día las sirenas aun cuando no sonaban. Los padres, claro está, pasaban muchos más miedos y angustias que nosotros, los chicos, con nuestras aventuras. Después, sin que yo (cinco años) advirtiera nada, terminó la guerra civil y empezó la guerra mundial.

En relación con esta, recuerdo también de modo directo, como si yo fuera algo mayor de esa edad –debió ser entre 1939 y 1945, por lo tanto, yo entre cinco y once años– las relaciones con los jóvenes soldados alemanes: pienso ahora qué sería de ellos en el frente del Este. Jugaban al fútbol con nosotros, los chavales, en el «teso de la Chinchibarra» y nos organizaban carreras pedestres (hoy en fino *running*). Tenía el ejército alemán al final de mi calle (Van Dick) algo así como un destacamento motorizado, bastante numeroso en unas grandes cocheras que llamábamos «La Marión». El amigo e historiador Angel Viñas me ha aclarado decenios después que eso era a la vez «una de las joyas del grupo económico, muy poderoso, a través del cual la Alemania nazi operaba en la España de Franco desde 1936 hasta 1945». Y que Marión era la hija única de Johannes Bernhardt, principal ejecutivo de tal grupo, estrechamente unificado con los hombres de la Legión Cóndor, destacados factores de la invasión de Polonia el primer día de septiembre de 1939. En tal contexto es en el que situó mi visualización



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

de cruces gamadas por la ciudad y en algún desfile oficial desde un balcón del Ayuntamiento de la Plaza Mayor salmantina.

Como se ve, entre unas cosas y otras, yo estuve en guerra, uniendo ambas la civil del 1936-1939 y la mundial del 1939-1945, hasta más allá de los diez años de edad. Y derivadas de ellas fue asimismo nuestra posguerra: mientras jugábamos en la calle veíamos a veces pasar, hacia los cuarteles posiblemente para juicio militar, a presos políticos conducidos –todos a pie y en público– por la guardia civil. La verdad es que los mirábamos con triste conmiseración sin todavía detenernos a pensar mucho más. En aquella Salamanca, como en otras muchas partes, en un ámbito más personal y familiar recuerdo, como no, las duras experiencias del frío invernal, del gran frío en la calle y en nuestra misma casa sin calefacción, escarbando de continuo los braseros de cisco con la badila (es bueno que la memoria retenga palabras como estas). Y se pasaba hambre, una lacra mundial por lo demás nunca desaparecida o, incluso, más reaparecida en las grandes crisis del mundo actual. Aun sin poder calificarse en modo alguno de pobreza, en nuestro caso –mi padre era y fue toda su vida un modesto y honesto funcionario del Ayuntamiento– pero, desde luego, con muy poco más que las cartillas de racionamiento (familiares y amigos de los pueblos nos ayudaban a los de la ciudad), la verdad, la pura verdad, es que entonces siempre teníamos hambre o, al menos, algo de hambre. Los chicos nunca rechazábamos nada que pudiera comerse: nos comíamos todo, también los pámpanos de los árboles y las espigas de trigo y centeno de los cercanos campos. Sobre estos recuerdos de mi infancia y sus actuales derivaciones todavía hoy siguen dándome bromas mis hijos y mis amigos jóvenes: los de mi edad y condición no bromean con estas cosas. Con razón sigue perdurando el dicho, la genérica advertencia, de que «con las cosas de comer no se juega».

Benjamín Rivaya: *También en Salamanca estudiaste la carrera. ¿Qué recuerdos guardas de la Facultad de Derecho salmantina? ¿Qué profesores llamaron tu atención? ¿Quién te dio clase de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho? Pregunto esto último porque no sé si Joaquín Ruiz Giménez, tras tener que abandonar el ministerio de Educación, «llegó a tiempo» a Salamanca para darte clase. Por cierto, ¿qué razones hicieron que te decidieras por la carrera universitaria y, en concreto, por la filosofía del Derecho? Por otra parte, aunque ya la has perfilado en otras ocasiones, te pediría que hicieras una semblanza del Ruiz-Giménez, el político, el personaje público, pero también el filósofo del Derecho.*

Elías Díaz: De todos estos tiempos cuento a mi favor con los muy profundos afectos y las felices vivencias familiares, padres y cuatro hermanos más, así como con los amigos de la calle o del colegio, y también allí de algunos buenos profesores. A pesar de ello me queda, más ya que el recuerdo, la experiencia directa de la Salamanca de aquellos largos años cuarenta como algo sumamente estrecho, cerrado y opresivo desde casi todos los órdenes y puntos de vista, social, político, religioso y cultural. El clericalismo era omnipresente. Oíamos la radio, yo por mi lado leía periódicos, también tebeos, novelas policíacas «de misterio» y después ya otros libros: generación del 98 (Baroja, Azorín) y los grandes como Unamuno y Ortega. Me resultaba horrible la servil, patrioterica y xenófoba prensa nacional y provincial (no olvido las meritorias y valiosas excepciones) llenas de insultos y bravuconerías y ante la cual, ante sus consignas falaces y sus torpes



argumentos de autoridad, no era difícil descubrir la verdad, o, al menos, de qué lado había más verdad o más verdades. En la misma dirección iba mi rechazo espontáneo frente a los triunfalistas alegatos políticos esgrimidos dogmáticamente (sin posibilidad alguna de respuesta) por los jerarcas de un régimen dictatorial que entonces, en el final del decenio y tras un débil y transitorio repudio, empezaba a ser ya internacionalmente aceptado y reconocido. Así vivía yo esas circunstancias de manera incipiente en esos años juveniles. Era un buen estudiante, me gustaba (necesitaba) aprender y saber. Envidiaba lo que a duras penas leíamos y oíamos sobre cercanos países democráticos con libertades necesarias para conocer, discutir, y así poder mejor asentir o disentir de las cosas y de las gentes.

Pero sería ya en la Universidad cuando todo eso iba a hacerse más consciente y coherente, incluso diferente prolongando lo anterior con nuevas perspectivas. Me matriculé en la Facultad de Derecho, quizás entonces más atraído por el ideal de la justicia que por las leyes mismas, cuyos estudios jurídicos –por también mis lecturas externas– yo entendía como muy unidos siempre a las ciencias sociales. Eso fue durante la primera mitad de los años cincuenta, exactamente entre 1951 y 1956. Y de manera más informal, a la vez, en la Facultad de Filosofía donde seguí algún curso y asistí a clases concretas de historia de la filosofía o a sesiones de literatura –como se ve yo era, así se decía, un «joven con inquietudes»– las cuales abrían mi horizonte a otras dimensiones y a otros muy diferentes amigos que los jurídicos, los cineastas, por ejemplo. Allí además conocí a una chica de Letras (Filología inglesa), Maite Villar, con la que me casé años después. Tengo, pues, un muy buen recuerdo de aquellos años de Universidad. Antonio Tovar era el Rector. Profesores de la Facultad como Julio Tejero Nieves (Economía), José Antón Oneca (Derecho Penal), Enrique Tierno Galván (Derecho Político) o Joaquín Ruiz Giménez (Filosofía del Derecho) fueron por entonces algunos –hubo otros en materias más estrictamente jurídicas– a quienes debo buena parte de mi formación personal, profesional e intelectual.

En primer curso, recién entrado en la Facultad, tuve (tuvimos) como profesor de Derecho natural –contesto a la pregunta expresamente formulada– a Antonio Lucas Verdú, a no confundir con su hermano Pablo que se encargaba de Derecho político antes y en parte también después de la llegada como catedrático de Tierno Galván durante el curso 1953-1954. Nuestro profesor de Derecho Natural lo era en situación de interinidad a causa de la excedencia especial del catedrático titular, Joaquín Ruiz Giménez, a la sazón Ministro de Educación. Años antes –las decisivas vueltas que da la vida– se había producido, sin duda que providencialmente, el cambio en dicha cátedra por permuta entre el anterior catedrático y a petición suya, Francisco Elías de Tejada y Spinola, con quien lo era desde 1944, en la Universidad de Sevilla, Joaquín Ruiz Giménez Cortés, que pasaba por tanto a Salamanca. Nuestro profesor de Derecho natural, Antonio Lucas Verdú, era un joven adjunto, entusiasta y poliédrico, (dirigía también una fundación artística), culto, divertido y enormemente participativo con sus estudiantes (pronto, algunos, yo mismo, como amigos); no le interesaba en exceso ni de manera especial el Derecho natural, aunque nos estudiamos un par de «manuales» (creo que de Luño Peña y Corts Grau) pero con él discutíamos y se aprendían cosas que siempre recordaríamos después.



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

Entre el «Derecho natural» de primer curso y la «Filosofía del Derecho» de quinto estaban los cuatro años largos de la licenciatura (no debo ocultar aquí que yo sacaba muy buenas notas en todas las asignaturas) con los estudios, pues, de los diferentes sectores de la ciencia jurídica, no me gusta la expresión «Dogmática jurídica», siempre con Kelsen como base. Pero, a la vez, también transcurrían tiempos importantes para la vida personal y la general del país. Fueron años, digámoslo de manera clara y expeditiva, de lenta (si se quiere) pero progresiva «toma de conciencia». Primeros viajes al cercano extranjero, Portugal (Coimbra, Lisboa) y Marruecos (Ceuta, Xauen, Tánger) con los compañeros de estudios y, sobre todo, el ya más personal, a Francia en 1954 para participar en un campo internacional de trabajo (la vendimia en Provenza) con estudiantes –también ellas– de toda Europa. Debates políticos, recuerdo, entre franceses y alemanes (hacía menos de diez años que había terminado la guerra mundial) pero llevados con espíritu constructivo, Europa como horizonte, relaciones de amistad y, en ocasiones hasta algo más. Conocí a obreros españoles del campo que desde aquí también habían ido a trabajar en la vendimia con otras organizaciones y, primera experiencia, conversaciones y discusiones con exiliados españoles de la guerra civil, que vivían en cercanos pueblos de Provenza. Pero a la vez también aquí en el interior, la Universidad española empezaba a moverse, y a manifestar sus protestas (la clase obrera lo había hecho desde antes) contra la situación política y social de un régimen que simulaba adecuarse a las nuevas condiciones del orden internacional e, incluso, pretendía presentarse ya como verdadera democracia y, después, como auténtico Estado de Derecho. En este contexto surge y resulta preciso tomar en consideración está aquí mencionada generación de 1956.

En efecto, Joaquín Ruiz Giménez se incorpora a la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca precisamente tras haber sido destituido por Franco como ministro a causa de los sucesos protagonizados por estudiantes y gentes del mundo de la cultura (Congreso de Jóvenes Escritores entre otros) y que culminaron como símbolo en el mes de febrero de ese 1956. Para entonces, junto a las correspondientes obras de carácter jurídico y otras de más amplio espectro (las foráneas en francés), yo había leído entre los más cercanos algunos de los trabajos y libros de Tierno Galván así como, sin conocerle todavía personalmente (lo haría al año siguiente), los de Jose Luis L. Aranguren catedrático de «Ética y Sociología» en la Universidad de Madrid. Me interesaban la ciencia política, la filosofía ética y, desde ahí, la «Filosofía del Derecho y del Estado», como creo que todavía se denominaba con acierto esta nuestra disciplina. Ruiz Giménez, con la intermediación de profesores de la Facultad que me conocían bien, me acogió enseguida en el entorno de su cátedra y de su relación personal. En ese año de 1956 y en los siguientes en Salamanca, desde 1960 y durante todo ese decenio en Madrid, colaboré muy cerca con él en la Universidad y, asimismo, en algunos de sus proyectos de ahí derivados muy en especial en la revista «Cuadernos para el Diálogo» desde el principio (1963) hasta el final (1976).

La biografía pública y oficial de Joaquín Ruiz-Giménez es sobradamente conocida desde, entre otros puestos de diferente entidad, presidente de «Pax Romana Internacional» en 1939, director de «Instituto de Cultura Hispánica» en 1946, Embajador ante la Santa Sede en 1948 y finalmente Ministro de Educación Nacional desde 1951 a 1956. La semblanza que de él me pide el profesor Rivaya, aunque en efecto ya ha sido hecha por mí en otras ocasiones, va a ir aquí más bien diseminada, repartida, en otros





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

puntos de la entrevista (en especial en el apartado sexto como ya acabo de adelantar). Haré ahora, no obstante una muy breve síntesis de su filosofía del derecho que sirva como base y orientación para los desarrollos ulteriores. Las explicaciones en clase del profesor Ruiz Giménez en 1956 y años inmediatos venían enmarcadas –siempre con referencias explícitas a la modernidad y con talante abierto y conciliador– en el preferente ámbito de la relación entre la filosofía clásica en especial del gran Aristóteles y su interpretación conexa con la teología moral medieval del Santo Tomás de Aquino: también, por supuesto, de la posterior Escuela española y salmantina de los siglos XVI y XVII. Apunto que a mí como estudiante suyo en 1956 no me venía nada mal, sino más bien al contrario, tal razonada inmersión, por un lado, en la lectura y reflexión sobre el plural pensamiento jurídico-político del mundo helénico y romano y, por otro, en ese, por lo demás, inevitable y no desconocido mundo del iusnaturalismo y del ontológico Derecho natural, aunque en todo caso mis preferencias y tendencias fuesen más hacia el ilustrado racionalismo deontológico de tal genérica concepción (siglo XVIII).

Pero desde esos mismos años de Salamanca (1956-1960) como profesor, en su primer fuerte encuentro efectivo de su biografía con estudiantes y algunos jóvenes profesores de la Universidad, lo que yo puedo señalar aquí es que también respecto de la filosofía jurídica de Ruiz-Giménez, expresada después no tanto en libros como en numerosos artículos y conferencias con posterior recopilación, se va a iniciar e ir produciendo a partir de aquel iusnaturalismo una pausada pero progresiva evolución cifrada, a mi juicio, en tres postulados fundamentales íntimamente trabados entre sí. Primero, la invocación constatable cada vez menor de un inevitable Derecho natural objetivo y en cambio cada vez mayor y con mayor énfasis de los derechos naturales (derechos humanos) subjetivos. Segundo, la preocupación prevalente por la realización práctica y efectiva de tales derechos, en especial de los derechos sociales: suelo yo insistir hoy en que –sin involucrar para nada a Dworkin– Joaquín Ruiz-Giménez fue, entre nosotros, uno de quienes más practicó (con compromisos personales importantes) la máxima de «tomarse en serio los derechos» (naturales, humanos, pero siempre buscando también las mejores interpretaciones de los escasos derechos que aquí eran entonces formalmente legales). Como bien ha subrayado el profesor Liborio Hierro, a propósito de esa mencionada evolución, Ruiz Giménez pasó en su filosofía de, en una primera etapa, la fundamentación de los fundamentos a una posterior de realización de los fundamentos con lo que –dice– renunció a interpretar la Filosofía del Derecho y se dedicó a transformarla, o si se prefiere a realizarla. El centro de esta actividad –concluye aquel– fue, por supuesto, «Cuadernos para el Diálogo». En tercer lugar, yo anotaré su matizada pero firme aproximación a una filosofía ética con más positiva base en el respeto a la conciencia individual, a la autonomía moral personal, al ser humano como agente moral; y, en efecto, al diálogo como vía para el conocimiento ético e, incluso, la objetividad de los valores (¿Un cristiano cada vez más kantiano?). Ahí quedan estas propuestas para el posible debate sobre el conjunto de su filosofía ética, política y jurídica.

Benjamín Rivaya: *Si no estoy equivocado, acabaste la carrera en 1956; el mismo año de las revueltas estudiantiles; del cese de Ruiz-Giménez y sus intentos reformadores; el mismo año también, por cierto, en que se funda la televisión española. ¿Pertenece efectivamente a la generación de 1956?*





ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

Elías Díaz: Esa evolución iusfilosófica de Ruiz-Giménez era trasunto, por su lado, de los profundos cambios de ese carácter más general experimentado por él precisamente en los «cuatro años largos (¡y tan cortos!) –escribiría tiempos después– en la Universidad Salmanticense, la de Francisco de Vitoria, Fray Luis de León y Miguel de Unamuno, años –añadía– que fueron decisivos para mi profundo cambio: no en mis creencias religiosas básicas, pero sí en la manera de vivirlas, como también en mi enfoque de la Filosofía del Derecho, para enraizarla en el terreno sustancial de los derechos humanos fundamentales y en la organización democrática de los poderes públicos, participación de todos los ciudadanos, respeto a propios y a extraños y conjugación de la libertad, la igualdad y la solidaridad de todos los concurrentes en la vida colectiva». Este es el bagaje que sustancialmente aquel traerá después en su decisiva aportación, junto a la de otras gentes, políticos, intelectuales, profesionales diversos y amplios sectores populares, para la transición a la democracia y la formal y material reconstrucción (nunca cerrada y acabada) tras la muerte del dictador aquel 20 de noviembre de 1975. Siempre reconocerá lo que en esa vía significó para él la clara y rotunda actitud de distanciamiento, de lucha pacífica y de oposición al Régimen que crecientemente venía manifestándose en las Universidades de todo el país desde aquellos años que fraguarían simbólicamente en la que denominamos bien como generación de 1956.

Por lo que en esta entrevista a mí personalmente se refiere he de señalar que las vivencias desde Salamanca de aquellos hechos de febrero de ese año fueron sumamente intensas y expectantes. Resultaron un auténtico revulsivo para todos nosotros los estudiantes. Estábamos muy atentos a las escasas noticias que llegaban desde Madrid, la radio y la prensa decían algo (menos mal, otras veces era el silencio quien mandaba) pero siempre todo con carácter tendencioso y falaz. «La conjura tiene nombres propios», se repetía continuamente desde las condenatorias y amenazantes instancias oficiales. Pasados los años he mantenido frecuentes conversaciones sobre estos hechos con uno de los más destacados nombres propios de aquella conjura, el buen amigo Enrique Mujica Herzog. Nos reímos ahora del siniestro énfasis con el que la radio nacional –imposible no pensar todavía desde ese 1956 en la Alemania nazi de los años treinta –en sus acusaciones destacaba precisamente con especial virulencia y odio al «judío Herzog». Así estaban las cosas: meses después en relación a su acción política e intelectual en la Universidad de Salamanca serían detenidos y enviados a la prisión de Carabanchel el profesor Tierno Galván y su adelantado discípulo Raúl Morodo. Para los hipotéticos lectores jóvenes desconocedores de estos y otros acontecimientos permítaseme reenviar, junto a otros, a los libros especialmente de Pablo Lizcano, Roberto Mesa y Antonio López Pina sobre el contexto histórico general, personas, hechos, textos, circunstancias y reivindicaciones de esta generación de 1956. En esa última obra se incluye mi propio testimonio y análisis de ella en necesario parangón con la posterior generación de 1968, ambas columnas vertebrales en la oposición universitaria y cultural al régimen franquista.

Hubo, en efecto, un largo, muy denso y fructífero itinerario en nuestro país –es lo que quiero de modo muy particular resaltar en este punto– entre esas gentes y generaciones del 56 y del 68. La primera exigía ante todo un sistema democrático para España identificable con los europeos de la época. Un sistema institucional con Parlamento, partidos políticos, libres elecciones y demás condiciones propias en definitiva de un aquí entonces totalmente inexistente Estado de Derecho. Y a ello se añadía en los sectores



sociales y partidos clandestinos más activos y progresistas la lucha pacífica contra lo que se veía como muy principal obstáculo para hacer real y para todos esos derechos y libertades. Es decir, la crítica al modelo económico capitalista. Y en ello coinciden tanto el preponderante partido (euro)comunista como las juventudes universitarias dentro o fuera del partido socialista. Sin entrar por ahora en diferenciaciones no insignificativas que vuelven a estar en actual discusión, podría decirse que tal generación del 56 propendía en su mayor y mejor parte a posiciones que cabe identificar como socialismo democrático: en algunos no tan lejanas a lo que preferirán designar o rebajar de modo gradual bajo el histórico término de socialdemocracia.

Pasados los años, imperante siempre la dictadura franquista, sin negar pero sin sacralizar desarrollos internos en ella de carácter económico, tecnocrático, incluso social y cultural, va a ir adquiriendo mayor presencia y vigencia la denominada y diferenciada generación del 68. Ocurriría no solamente en España, recuérdese aquel famoso «mayo francés», o las Universidades de Estados Unidos, Alemania, México, etc. con líderes jóvenes muy conocidos, pero que aquí seguía siéndolo además contra el mismo anti-democrático régimen. Asumiendo los cambios producidos en el mundo durante todos esos años, podría decirse que en la generación del 68, enlazando con las propuestas y exigencias del 56, se prioriza el trabajo en los movimientos sociales (feministas, pacifistas, ecologistas. etc.), la lucha por las libertades cívicas o la liberalización de las costumbres, las plurales diferencias sexuales, raciales, etc. como fundamentales elementos de su caracterización.

Asumiendo todo ese largo proceso de oposición intelectual y política, quizás como excesiva síntesis, podría calificarse o expresarse todo él en conceptos más bien simbólicos diciendo que, de ambas generaciones situadas en la izquierda crítica, la primera (1956) era más socialdemócrata y más de carácter institucional mientras que la segunda (1968) lo era más libertaria y más atenta a la sociedad civil. Ensamblando una y otra, la primera generación democrática de la postguerra y la última ya en el tardo franquismo, se van –creo– forjando buena parte de los materiales que –unidos, claro está, a otros muchos y más decisivos factores– van a estar presentes y hacer posible tras 1975 esa nuestra transición y reconstrucción de la democracia. Por lo que a mí personalmente se refiere, ante directa pregunta del profesor Rivaya, suelo contestar que me situaría entre una y otra o, mejor, con una y otra, intentando aunar ambas, tanto en términos políticos como intelectuales. Yo cumplía veintidós años en ese 1956 y treinta y cuatro en 1968. La «toma de conciencia», por decirlo de modo un tanto solemne, es del 56 y de los siguientes semestres en Italia y Alemania. Pero su realización práctica en mi libro (escrito entre 1963 y 1966) que trata principalmente sobre las instituciones («Estado de Derecho») y procede sin duda de aquella, exige también una «sociedad democrática» que –creo– miraba ya hacia el clima y los valores del 68. De todos modos, esa gran «síntesis» estará ya propuesta con mayor claridad y coherencia en otros trabajos míos posteriores de los años setenta y ochenta, en particular en *Ética contra política, los intelectuales y el poder*.

Como también está en otros escritos míos, pero fuera ya estrictamente de lo tratado en este punto (válido para otros, por ejemplo, el punto séptimo), la sucinta pero obligada referencia a otras tendencias políticas con su carga también intelectual pero de carácter más «radical» que quedarían más allá de las ya mencionadas en relación con



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

las generaciones del 56 y del 68. Estarían más cerca del tiempo y no sé si también de algunas interpretaciones de la segunda de ellas, en el tardofranquismo, mitad de los años setenta y setenta. Aludo aquí a grupos de mayor o menor entidad que se definen como revolucionarios y que se autositúan a la izquierda de los partidos socialistas (PSOE, PSC, PSI) y del propio partido comunista (el histórico PCE), con frecuencia en fuerte conflictiva relación ideológica y política con ellos y a los cuales consideran como meramente reformistas y socialdemócratas. Ahí estarían grupos, por otro lado con rotulaciones a veces expresamente socialistas y comunistas (así el «Movimiento comunista» o la «Liga comunista revolucionaria») y los que van a reconocerse, recordemos, como de inspiraciones trotskistas, maoístas, castristas o vinculados también a los movimientos o frentes de liberación popular (ahí el más complejo FLP, el «Felipe» en el argot político desde esa época). Todos ellos, también sus intelectuales, eran antifranquistas, por supuesto, pero a su vez poco o nada entusiastas de la democracia (en Europa, no en España) realmente existente, según ellos inevitablemente burguesa y capitalista. Y en algunos de sus extremos, mostrándose en exceso condescendientes cuando no practicantes de la violencia y sus vías de acción directa. Ahí estaba precisamente ETA, con una historia de infamia desde 1958 a 2011 y después otros más efímeros como GRAPO, FRAP y demás, reales o inventados o en connivencia o no con sus colegas de la extrema derecha (ahí entre otros cruzados y guerrilleros, el siniestro GAL). Queden mencionados para una descripción más completa de aquel largo y oprobioso tiempo entre 1939 y 1975.

Benjamín Rivaya: *Ya en Madrid, en el César Carlos, donde tuviste que coincidir con muchos jóvenes que luego adquirirían relevancia pública. Creo que en alguna ocasión me contaste que allí estaba el personaje más narrado de los últimos tiempos, Jesús Aguirre, luego duque de Alba, cuando aún era cura.*

Elías Díaz: El Colegio Mayor «César Carlos» fue mi casa, el lugar de mi residencia en Madrid desde 1958 (enero) a 1965 (septiembre), en un colectivo que tendría una muy positiva incidencia en mi formación posgradual, personal y profesional, intelectual y política. Casi ocho largos años, inolvidables e insustituibles, con en medio otras decisivas influencias y sustantivas amplias estancias en Italia y Alemania entre 1959 y 1962. A cada concreto regreso de ellas (Bolonia, Friburgo y Múnich), incluso antes de la visita familiar a Salamanca, yo siempre volvía a recuperar mi espacio y mis libros en los viejos chalets de la Avenida del Valle, 14 y 16, cerca de la Ciudad Universitaria. Pude acceder a él gracias –todo hay que decirlo– a mi expediente académico y a una de las providenciales seis becas que para ese año (quinto centenario de la muerte en el Monasterio de Yuste del «emperador europeoista» en precisamente 1458) el Colegio mayor había convocado. Vivir, convivir, en el «César Carlos» era, creo, lo mejor que me podía pasar y que efectivamente me pasó.

Para entonces yo había tomado ya la firme decisión de continuar colaborando con Joaquín Ruiz-Giménez (quien marcharía de Salamanca a la Universidad Complutense en 1960) con, por mi parte, la idea lejana y legitimante de «preparar cátedras» de Filosofía del Derecho. Lo que realmente me interesaba era seguir en la Universidad y, sobre todo, leer y trabajar a fondo. En pleno acuerdo de él, me había parecido necesario ampliar en Madrid mis estudios predoctorales en la Facultad de Filosofía y en ella más precisamente con el profesor Aranguren. De ahí la gran oportunidad de las mencionadas



becas. Asistí a sus cursos y seminarios, me imbuí de su particular talante y aprendí con él todo lo que pude: recuerdo en especial el curso dedicado al neopositivismo anglosajón y la ética (todavía conservo mis detallados apuntes de él). Pero Aranguren también me liberó, queriendo o sin querer, de algunas otras clases y disciplinas de dicha Facultad. Y allí en ese mundo es donde conocí a gentes con las que intercambiamos lecturas, diálogos críticos y buena amistad: así, junto a otros, Javier Muguerza, Jesús Aguirre o Pedro Cerezo con quienes continué teniendo después muy cercana, sólida y provechosa relación personal e intelectual.

La creación del, más tarde, famoso «César Carlos» había sido promovida desde 1944 y a lo largo del histórico 1945 –final de la segunda guerra mundial– por un reducido pero muy activo y animado grupo de estudiantes ya graduados (Alfredo Robles, Luis Bescansa, Gabriel Cañadas, los principales) procedentes del oficial «sindicato español universitario», el obligatorio, omnipresente y falangista SEU. Fue aquel solemnemente inaugurado el 23 de noviembre de ese crucial año de 1945, en momentos efectivamente históricos en que, como escribiría mucho tiempo después el primero de ellos, también primer rector, en «la idea generacional del Colegio» había ya una crítica y un distanciamiento respecto de «las entonces minorías políticas dirigentes que estimo –dice– no se formularon un esquema teórico sino solo la necesidad práctica de un ajuste, de un cambio, de una adaptación a una distinta y posiblemente hostil coyuntura». Puede en verdad decirse que los jóvenes impulsores del «César Carlos», a pesar de su originaria procedencia y adscripción política «seuista» y de sus propias ambigüedades y cautelas, querían ir más allá de esa mera adaptación, simulación o ficticia adecuación del Régimen a la nueva «coyuntura» internacional, es decir, la derrota de los fascismos y la victoria de las democracias. El mismo Alfredo Robles resumiría con acierto (y con acento orteguiano) el devenir de esa historia, válida sobre todo bajo el franquismo y, tal vez, que hasta hoy setenta años después: «El Colegio Mayor César Carlos –señala aquel– nació para crear una minoría dirigente y sin embargo, por paradojas de la vida, creó una minoría disidente».

Esa disidencia había comenzado desde el principio con la tensión entre dos concepciones para el «orden interno» del Colegio pero que enseguida adquiriría un carácter también más externo y decisivo: una, la pretensión autoritaria del falangista Frente de Juventudes –señalaban los otros dos miembros de aquella triada, Bescansa y Cañadas– pretensión también seguida después por los sucesivos detentadores oficiales de los medios materiales y de la titularidad jurídica de aquel; dos, que acabaría prevaleciendo en esa historia, la resistencia activa de los colegiales con objeto de lograr una influencia decisiva en la vida y actividad de la institución y defender por el contrario el más efectivo autogobierno tanto en la elección del estamento directivo (rector y decanos, estos eran los términos en el «argot» interior) como en la selección de los aspirantes a ingresar en el Colegio. Esta era la situación, pero ya con clara mayoría disidente a todos los efectos, con amplia participación, discusión y resolución, cuando yo llegué allí en aquel enero de 1958 (en plena vivencia del post-56). Y así fue incrementándose con fuerza durante todo aquel tiempo. En mi caso hasta septiembre de 1965 (boda y vida con Maite Villar) pero también después para seguir asistiendo allí a todo tipo de conspiraciones, debates, encuentros y reuniones sobre cultura y/o política (en el avance del pre-68), con ya mayor presencia y empuje de los entonces «nuevos movimientos



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

sociales». Una muy concreta y directa consecuencia de esas justas demandas –pero eso sería ya años después– fue que el Colegio pasó a ser mixto, hombres y mujeres juntos en el viejo «César Carlos». Se podría aducir –pido perdón a las amigas feministas– que ya antes de esas fechas también lo era, mixto, pero de otra manera: quizás menos efectiva pero más prevalentemente afectiva.

Son muchos los nombres de colegiales en toda esa fructífera historia que, en efecto, serían después conocidos y reconocidos en diferentes ámbitos públicos, políticos o académicos, científicos o literarios. Y a destacar aquí en concreto los numerosos catedráticos e investigadores en el campo de las ciencias sociales. Yo mismo he reunido una buena parte de ellos en algunos de mis libros: de modo especial, y con validez para otras de estas páginas, en *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política* (2003). Aquí reduciré, pues, mi referencia nominal a quienes, como mejor muestra de aquel contexto de tolerada y limitada libertad interna (menor y con más riesgos las externas), asumían allí en aquellos años y frente al régimen franquista –sin poder olvidar los crímenes, ejecuciones y torturas de la postguerra– las posiciones que frecuentemente considerábamos de izquierda. Sé que mis amigos –todos estos lo son y de verdad– me sabrán perdonar por este atrevimiento personal. Veo así a Jesús Ibáñez y quizás también a su colaborador Alfonso Ortí Benlloch en la vía del «Felipe» (FLP, Frente de Liberación Popular). Raúl Morodo, principal ejecutivo político de Tierno Galván, ejercía como activo y pragmático líder de su grupo (Vicente Cervera, Emilio Cassinello, yo mismo cuando era menester, o los posteriores Manuel Medina y Gumersindo Trujillo) que cubría desde actitudes socialdemócratas hasta otras que eran más claramente socialistas, aunque todavía en frecuente conflicto con el PSOE del exilio. De manera más o menos explícita, algunos como Roberto Mesa o Julio González Campos en los debates internos se situaban siempre más cerca de las posiciones del «partido», que entonces lo era por sus mayores adhesiones y movilizaciones el PC, el partido comunista. Otros diferentes, tal vez la mayor parte, oscilaban entre unas u otras de esas formaciones (¿se veían así, por ejemplo, Alvaro Rodríguez Bereijo o Julián Santamaría?). Alfonso Sureda, como antes su hermano Jose Luis, era y sigue siendo el más fiel catalanista, mientras Xose Manuel Beiras, dentro siempre de esa izquierda, no fue sino hasta algo más tarde el actual nacionalista galaico. Entre los vascos, frecuentes en el «César Carlos», nacionalistas secesionistas allí no había: eran, recuérdese, los años en que ETA iniciaba su macabra e infame historia.

No he incluido todavía, como se ve (como no se ve), en estos elencos a Jesús Aguirre por quien de modo directo se me inquiera (y no quiero yo obviar) en este mismo apartado. Persona muy inteligente y muy compleja. Sus orígenes están, es bien sabido, entre los cristianos del mencionado «Frente de Liberación Popular» y quizás en el fondo –todos recordamos a Enrique Ruano– siguió siempre fiel a él. Pero también es cierta su simpatía (nada normal en el FLP) hacia no pocas propuestas de la causa comunista, así como su aproximación real al partido socialista de Felipe González antes de la que fue la transición a la democracia en nuestro país. Yo fui desde años atrás muy buen amigo suyo. Quizás era él quien elegía a sus amigos pero también –creo– a sus enemigos, que los tenía. Después, cuando convertido en Duque de Alba su vida alcanzó el máximo de publicidad, aumentaron muchísimo unos y otros, tanto los amigos como los enemigos, en ciertos casos algunos ejerciendo a la vez de las dos cosas. Yo entonces lo veía bastante menos.



Diré, ya en nuestra órbita personal, que a Maite y a mí el cura Aguirre nos casó, por lo religioso-familiar, en septiembre de 1965 con una fuerte homilía (Ruiz-Giménez presente) en pro de la lucha universitaria: era el año –recuérdese– en que Aranguren, Tierno Galván, García Calvo y otros profesores habían sido expulsados de la Universidad. Más de veinte años después, en 1987 (otra ráfaga del común pasado) con ocasión de la presentación en Salamanca del libro de Luciano González Egido sobre Unamuno, en la que Jesús Aguirre, Jorge Semprún, Javier Pradera y yo mismo participamos, nos invitó, ya duque de Alba, a unas subrealistas copas de poscena, casi hasta la madrugada, en los salones de su palacio de Monterrey de aquella mi vieja ciudad. Bromeamos, Maite incluida, sobre la insólita clandestina reunión y contemplamos los dos magníficos cuadros de Ribera que, gracias precisamente nos decía Jesús, ausente allí Cayetana, a la experiencia e intuición de ella, habían sido redescubiertos y recuperados para la valiosa colección de la noble mansión. De todo lo demás, sólo lamento y muy profundamente no haber podido hacer algo más cerca de él cuando llegaron, quizás no tan acompañado como debiera, aquellos duros momentos de la enfermedad que le llevaría a la muerte en aquel 11 de mayo de 2001 (había nacido como yo en 1934). No sé si un día escribiré algo más sobre él. De hacerlo, aquí van sólo fragmentos, procuraré ir más allá tanto de las hasta ahora meras biografías noveladas (aún de las que están bien escritas) como de las grandes excesivas magnificaciones para el mal o para el bien que se cargan sobre tan compleja y sugestiva personalidad.

Benjamín Rivaya: *Teniendo en cuenta que, dicho sin mayores precisiones, la ideología jurídica del franquismo fue el iusnaturalismo católico, sólo se puede interpretar tu artículo, «Sentido político del iusnaturalismo», de 1962, en términos de enfrentamiento con el status quo iusfilosófico. ¿Es necesariamente conservador el Derecho natural? Por otra parte, dos años después Luis García San Miguel publicará «El Derecho natural y la política», donde si no reivindicaba al menos veía como posible un Derecho Natural progresivo. Aprovechando que lo cito, ¿no hubo una evolución que llama la atención, quizás podría decirse extraña, en el pensamiento de García San Miguel?*

Elías Díaz: No tengo más remedio que dar la total razón a mi sagaz entrevistador, concuerdo plenamente con él, en esas sus dos afirmaciones preliminares: la primera en que, aún con mayores precisiones, «la ideología jurídica del franquismo fue el iusnaturalismo católico»; la segunda en que ese artículo mío de 1962 «sólo se puede interpretar en términos de enfrentamiento con el *status quo* iusfilosófico». Se supone que referido ello al panorama español más conservador y tradicional: además de los ya mencionados Luño Peña y Corts Grau, o –sin citarlos allí– González Oliveros, Puigdollers Oliver, Sancho Izquierdo, Elías de Tejada y algunos más. No, desde luego, a Legaz Lacambra, Galán Gutiérrez, Truyol Serra o, junto a otros, el propio primer Ruiz Giménez, apreciados e incorporados a mis trabajos en uno u otro grado y con mayores o menores disidencias. Sabían ellos, por supuesto, del otro gran iusnaturalismo histórico, la escuela protestante de Grocio a Kant (este ya como buen eje y origen de la Ilustración). Pero tal iusnaturalismo racionalista con sus posteriores y actuales manifestaciones, carecía entonces en nuestro país de presencia pública, ni apenas se la hubiese permitido: si se hablaba algo de ella en la enseñanza universitaria lo era más a través de condenas y refutaciones que de descripciones mínimamente objetivas o comprensivas.



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

De todos modos tendría yo que hacer constar aquí que ya en torno a esos años (1962) esta mi firme actitud ante el implantado iusnaturalismo teológico había recibido desde hacía tiempo las aisladas y poderosas ayudas, junto a otras, del neopositivismo de Tierno Galván en Salamanca, del personal historicismo de Felipe González Vicén desde La Laguna (en Tenerife) y sobre todo la más determinante impronta iusfilosófica de Norberto Bobbio y otros confluientes o discípulos suyos durante mis dos largos semestres de doctorado en la Universidad de Bolonia, en 1959 y 1960, como becario del legendario «Colegio de los Españoles» en dicha ciudad italiana. Para todos ellos y para mí, ese consagrado Derecho natural no era Derecho, ni era tampoco natural. El Derecho es el que llamamos Derecho positivo. Y, además, lo que llamamos natural no siempre es bueno o justo sin más. Quedaba, así, abierta la vía para una ética más racional, más moderna y liberal.

Italia, Bolonia, fue, entre otras cosas el descubrimiento, o, mejor, la vivencia diaria de la libertad europea. Y también el contacto directo (quiero decir que no sólo a través de la lectura) con la cultura y política italiana de la época: recuerdo, por ejemplo, conferencias y debates de Pasolini o Moravia, y largos, apasionantes mítines de Palmiro Togliatti, Luigi Longo o Pietro Nenni en la propia Bolonia. Y, además, cines, libros, periódicos, imposibles en esos años y por desgracia durante muchos más en aquella España. Allí en el Colegio, con muy confortables e idóneas habitaciones para el estudio, coincidí en mi promoción, además de con un buen plantel de médicos también becarios, con juristas y amigos como Pedro de Vega, Lorenzo Martín-Retortillo, Rafael Gomez Ferrer (o Fernando Suárez González de la promoción anterior), siendo Evelio Verdura un buen comprensivo rector de tal institución. Dirigió oficialmente mi tesis doctoral, un catedrático de aquella Universidad –como era preceptivo– el prestigioso iusfilósofo Felice Battaglia. Con él, entre otras aportaciones, tuve acceso a un mejor conocimiento de la filosofía idealista italiana (Croce *versus* Gentile) y, desde ahí enseguida, de sus fuentes originarias alemanas. Era también necesario tal conocimiento para dilucidar sus implicaciones o sus incompatibilidades con la teoría del Estado totalitario, en este caso del fascismo italiano, de cuya crítica y de la correlativa defensa de la autonomía moral individual, la democracia y el Estado de Derecho, era de lo que en el fondo trataba precisamente mi tesis.

De manera coherente con ello, siempre en la muy abierta pero cercana colaboración con Ruiz-Giménez, yo me había trazado un cierto plan personal de investigación de la que quería ser, a la vez y en conjunción, una (o mi) filosofía jurídica y política. Recuérdese que nuestra asignatura se había denominado antes y no sé si todavía entonces como «Filosofía del Derecho y del Estado», así como, por ejemplo, se hacía en los tres volúmenes de la importante historia general de ella, obra de Antonio Truyol Serra. En pocas palabras, necesitaba proseguir en Alemania lo que ya había comenzado con la tesis doctoral en Italia. Es decir, indagar en las construcciones teóricas e ideológicas que estaban detrás y en buena (mala) parte del totalitario Estado del nacional-socialismo alemán. «La destrucción de la razón», la conocida obra de Georg Lukacs, la vía del irracionalismo, no agotaba el tema. Empezaba por entonces la famosa y más compleja «reductio ad Hitlerum» de unas u otras posiciones jurídicas y políticas. En esa perspectiva, pero no restrictiva, se me hacía necesario un estudio de carácter histórico y general de tal filosofía jurídico-política y, en ella, sobre la tarea específica de ampliar y



profundizar también en la filosofía idealista de Kant a Hegel: profunda raíz del pensamiento de la Ilustración en el primero, o de las supuestas concomitancias del segundo con dicho totalitarismo (como Bobbio, benévolo yo con aquel).

A todo ello y a algunas otras cuestiones de menor transcendencia y entidad dedicaré mi tiempo en las Universidades de Friburgo Br. y de Múnich, con muchas horas tranquilas de oyente en clases y de lector en bibliotecas, a lo largo respectivamente de los semestres de verano e invierno de 1961 y 1962. En la primera de ellas en el contexto del seminario de Erik Wolf, a pesar de los desacuerdos con su Derecho natural bíblico, y con Alexander Hollerbach a través de frecuentes conversaciones sobre la filosofía hispano-alemana de la época. Me dejaron incluso la llave del Seminario y la biblioteca del Departamento durante ausencias suyas en parte de ese agosto de 1961, donde no pocas tardes fui allí solitario lector. En septiembre estuve en Berlín, en las dos zonas, tres semanas después de la súbita construcción del siniestro muro en aquel 13 de agosto. Fue aquella una experiencia inolvidable. Al año siguiente en la capital bávara durante el semestre de invierno de 1962 asistía a las clases muy concurridas del célebre, aunque políticamente reprobable Karl Larenz quien acababa de publicar (en 1960) la primera edición de su «Metodología». Aunque duro y triste (el 17 de septiembre de ese 1962, al regresar de una jornada que había sido muy emotiva en el campo de concentración de Dachau, recibí la noticia de la muerte casi repentina de mi madre) aquel otoño en Múnich fue para mí de gran importancia y relevancia. Trabajé fuerte, leí mucho, comprendí mejor algunas cosas: fue entonces y allí, evocando ahora mi presencia en actos públicos de Willy Brandt, cuando me hice más internamente socialista y cuando acabé de cortar los últimos vínculos con la heredada religión y sus instituciones oficiales, pero sin dramatismos ni más implicaciones, consiguiendo –creo– una nueva serenidad.

Me he propuesto no citar en estas notas muchos libros ni muchos autores objeto –o sujeto– de esas y otras lecturas (Ernst Bloch, por ejemplo, en su *Naturrecht und menschliche Würde*, de 1961) para evitarme la propensión (tentación) de hacer un recuento más o menos exhaustivo de la historia toda del pensamiento universal o, incluso del más cercano nuestro. Pero ya veía que con el bagaje que uno había ido reuniendo resultaba factible criticar con bastantes posibilidades de acierto tanto las tendencias iusnaturalistas de la mayor parte de los neoescolásticos filósofos del derecho como –me interesa resaltarlo– el estrecho positivismo formalista de tantos y tantos juristas que se reían de los iusnaturalistas pero que cumplían en el fondo, con su alegato científicista de no evaluación de lo existente, la misma función que aquellos: la sacralización y no puesta en cuestión del ordenamiento jurídico franquista. Por ahí, por esa doble crítica –al iusnaturalismo teológico y al positivismo formalista– es por donde me inicié en la Filosofía del Derecho y del Estado y en mi propia filosofía jurídica y política. Como se ve, prefiero un iusnaturalista crítico (haberlos hailos, racionalista, liberal y progresivo, pero pocos en aquella España) a un positivista aséptico, adiafórico, avalorativo, indiferente a valores éticos y políticos, excepto a los ya de hecho existentes, sean cuales sean. De asuntos de estos es lo que hablábamos siempre incansablemente, interminablemente, en las discusiones con el gran amigo, contumaz y agudo iusfilósofo que era (murió en diciembre de 2006) el asturiano, expresamente aquí bien recordado, Luis García San Miguel.



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

¿Hubo, se sugiere, al interrogarme sobre él «una evolución» (involución, diría yo) «quizás extraña» en su pensamiento? La hubo, a mi juicio, en cierta medida respecto de su actitud política (e intelectual) en la fase final del tardo franquismo y de bastante tiempo después durante la transición. En los primeros años sesenta, cuando jóvenes profesores, nos conocimos Luisón y yo, él también conspiraba como socialdemócrata en los grupos políticos universitarios próximos a Tierno Galván; y en la Facultad de Filosofía colaboraba con Aranguren, a quien luego sustituyó tras la expulsión de éste en 1965. Creo que fue después, como impacto y negativa reacción a la experiencia en gran parte violenta de la «revolución estudiantil» en México en 1968 –donde estaba entonces como profesor invitado– cuando comienza a producirse el abandono de las ideas socialistas y su posterior permanente inflexión reductiva hacia un liberalismo (más «liberismo» economicista que estrictamente ético) de ciertas connotaciones conservadoras y graves reservas ante el Estado del bienestar, incluso en cercanía después con los famosos neocons (nunca, eso sí, con los teocons).

En su conflictiva pero cordial relación con los colegas y amigos iusfilósofos, como yo mismo, se oponía por igual en el panorama político de los ochenta y principios de los noventa a «dos fuerzas rivales a las que coloquialmente llamo –esos eran sus términos– Trento y Ferraz» (PP y PSOE), por –decía– la «no indisimulada hostilidad que tridentinos y ferracianos profesan a la ideología liberal». Por supuesto que García San Miguel, lejano de ese liberalismo ético e intelectual que conduce a un «socialismo a fuer de liberal», se proclamaba a su vez como pretendido líder de una «tercera vía» de extraños independientes con sede –siempre esquiva y vacante– en la ciudad de Pastrana: elegida esta sin duda que como prolongación cercana a la capital de su feudo intelectual asentado sobre su decanato en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Con todo, también dejó escrito que paso a paso me voy curando de cierta «paranoia antiferraciana» que –reconoce– había antes desarrollado.

En un plano, diríamos, más serio y menos coyuntural habría que subrayar que su filosofía jurídica radicaba también en su firme oposición al iusnaturalismo teológico tradicional. Pero lo era desde una filosofía moral reductivamente no cognoscivista (aquí el gran debate) que en su filosofía política se manifestaba con un preponderante carácter de sentido empirista y utilitarista. Es decir, emotivismo ético y, por tanto, bastante más cerca de David Hume que de Emmanuel Kant. Tampoco pues iusnaturalismo racional, ni liberalismo de bases sólidas. «Utilitarista a fuer de liberal» señalaba yo (parangón anterior) en un trabajo escrito sobre él. Una ética de la felicidad –nadie la rechazará– pero por lo general asumida, como su utilitarismo, desde posiciones más bien individualistas (no socialistas), aunque tampoco dogmáticas, ni maximalistas si bien en ocasiones se mostrase paradójicamente con un talante –eso sí– de excesiva firmeza relativista y hasta escéptica.

Desde ahí en ese contexto emotivista, no cognoscitivista, la creación del derecho y su papel argumental y de aplicación por los operadores jurídicos se reduce y no es visto propiamente como una ciencia, menos aún bajo el modelo de una ciencia «dura», sino como una mera técnica (de argumentación), como una tecnología útil para la resolución de los concretos conflictos en litigios. Escaso bagaje. Se trataba en definitiva y como fondo, de una filosofía moral derivada de su emotivismo y de su prevalente y vieja lectura individualista de la modernidad –autonomía real y para todos, le objetába-



mos— que marcaba su utilitarismo, incluso su ética de la felicidad que conlleva de modo coherente en Luis García San Miguel (vinculando las dos dimensiones aquí resaltadas) a una filosofía política de indudable, aunque de muy reducido y débil, sentido liberal. En cualquier caso, para ampliar y matizar este sucinto resumen habrán de releerse sus libros y artículos, desde, entre otros, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, de 1969, hasta los *Fundamentos del derecho (penúltimos apuntes)*, ya de 2003.

Benjamín Rivaya: *En 1963 se funda Cuadernos para el Diálogo. Creo que ya es un tópico preguntarte por tu participación en esa empresa. Pasados más de cincuenta años, ¿qué sentido tuvo?, ¿qué papel jugó la revista en la España de los sesenta?*

Elías Díaz: La gran obra política e intelectual de Joaquín Ruiz Giménez (1913-2009) fue sin duda «Cuadernos para el Diálogo». Creación personal y principal suya, siempre después su constante impulsor y fundamental sustentador. Pero también sería una obra con muy amplia, plural e importante participación colectiva que, a su vez, incidía decisivamente sobre él. Empezó a publicarse en octubre de 1963, fue una revista mensual que apareció de manera ininterrumpida durante trece años (doce gruesos volúmenes) hasta su último número ordinario (149-150) correspondiente a febrero-marzo de 1976. Su puntualidad y su cita comprometida con los lectores a lo largo de todos aquellos complicados tiempos sólo se vio alterada en cada vez, por desgracia, más frecuentes y decisivas ocasiones, por la previa intromisión de la censura (propriadamente dicha hasta 1966) y después, con la nueva ley de prensa e imprenta. Esta, por la prohibición gubernativa de ciertos números incluso en vías ya de distribución o por otras varias derivaciones como multas, secuestros o diferentes presiones públicas o privadas de todo tipo. Fue una revista para la formación de ciudadanos libres —formación intelectual, ética, jurídica y política— para la reconstrucción de la razón y la democracia a través del diálogo y del respeto mutuo, que trataba en sus páginas no pocos de los entonces más graves y candentes problemas a escala mundial, pero de modo muy especial con referencia crítica en la inmensa mayoría de los autores a la excepcionalidad antidemocrática impuesta en nuestro país. Eran cuadernos —puede decirse— para (un fin) la democracia, a través (los medios) del diálogo.

La revista tuvo desde el principio una muy esperanzadora y muy favorable recepción, con relativa amplia difusión en los espacios más conscientes y abiertos de la sociedad (civil) española, de modo preferente en ámbitos universitarios, entre enseñantes en general, profesiones liberales (economistas, abogados en ejercicio y otros juristas), pero también y de manera creciente en algunos destacados sectores del sindicalismo obrero ilegal, semilegal o, incluso, clandestino. A la sombra de la revista mensual, con su cobertura, fueron publicándose a la vez en coincidente crítica varias colecciones de libros, cientos de títulos, así como números extraordinarios de ella con carácter monográfico. Ya en su fase última (1976), en las nuevas condiciones tras la muerte del dictador (20 de noviembre de 1975), algunos de los sectores más jóvenes también procedentes de la sesuda revista mensual, se propusieron proseguir su ruta como semanario, pero ya con otra estructura, con un diseño y contenido más periodístico en todos los sentidos. Y así se hizo, no sin grandes discrepancias internas hasta 1978, año en que concluyó la aventura de este nuestro sello editorial. Aquello, el semanario, como decía Luis Carandell, era ya otra cosa. Pero paradójicamente asimismo contribuía a ese definitivo final el mayor



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

y más explícito distanciamiento entre las diversas posiciones y tensiones internas que, dentro del ya legalizado pluralismo democrático, lógicamente reconocía la naciente democracia tras los resultados de las elecciones de junio de 1977 y la propia Constitución de 1978. Bien podría decirse, con todo ello, que «Cuadernos para el Diálogo» murió de éxito, una vez logrado ya un básico sistema democrático por el que tanto se había trabajado y luchado allí durante todos aquellos años. (Para mayores informaciones y documentaciones reenviaría al excelente libro de Javier Muñoz Soro, *Cuadernos para el Diálogo (1963-1976). Una historia cultural del segundo franquismo*, publicado por la editorial Marcial Pons, Libros de Historia, Madrid, 2006).

Compartíamos, claro está, esas ideas fundamentales, expresadas por Ruiz Giménez en su siempre recordado e invocado artículo editorial «Razón de ser» que abre el primer número de la revista —«manifiesto fundacional» ha sido considerado—, quienes escribíamos ya en ese mismo número, como a estos efectos ocurriría en términos generales en quienes lo harían después. Entre ellos, los que en destacado recuadro ya venían anunciados en él como próximos colaboradores: así, en este orden, Mariano Aguilar Navarro, Eduardo García de Enterría, José Antonio Maravall, Enrique Tierno Galván, Luis Sánchez Agesta, Miguel Fisac, Enrique Miret Magdalena, Adolfo Miaja, Lorenzo Gomis, José María Riaza, Eugenio Triana, entre otros. Resalto aquí estos nombres, también los que van a continuación, a fin de que el lector actual pueda mejor situar cuál era el contexto intelectual y social en el que desde el principio interactuaba «Cuadernos para el diálogo». Así, enumero, entre los —a mi juicio— más relevantes y significativos que, junto a la mayor parte de la lista anterior, publicaron por de pronto en ese primer año 1963-1964: por orden alfabético, José Luis Aranguren, Julián Ariza, Marcelino Camacho, Jose María Castellet, Alfonso Carlos Comín, José María Diez Alegría, Fernando Morán, Raúl Morodo, Dionisio Ridruejo, Alfonso Sastre, José María Valverde, acompañados de otros más jóvenes y menos conocidos entonces. Con el mismo propósito doy aquí un reducido elenco de quienes colaborábamos ya en ese mencionado número inaugural de la revista (algunos formábamos parte del Consejo editorial y de dirección): además de Joaquín Ruiz Giménez, estaban, entre otros, Pedro Laín Entralgo, Juan Rof Carballo, José María de Llanos, José Luis Sampedro, Juan Luis Cebrían, Salvador Lissarrague, Ignacio Sotelo, Francisco Sintés, Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba, Miguel Bilbatúa, Javier Ruperez y Pedro Altares como secretario de redacción. Con estos iniciales mimbres, con muchos centenares después (miles, incluidos los lectores y propagadores) es como se producirían los libros, la revista y el resto de las actividades políticas y culturales de «Cuadernos para el Diálogo». Ya que aquí se me pregunta directamente por mí, diré que escribí desde el principio hasta el final no pocos artículos editoriales, otros con firma y varios de los libros de los que hablaré quizás a continuación en otros sucesivos puntos de esta entrevista.

En otros trabajos míos sobre estas cuestiones he resaltado —como ha hecho el propio Ruiz Giménez (véase aquí el punto tercero)— los que podríamos reivindicar como orígenes salmantinos de «Cuadernos para el Diálogo». Recordará aquel tras su cese como ministro en 1956: «Y efectivamente me volvía a la Universidad. Y esa vuelta a la Universidad de Salamanca fue —nada menos en palabras de un cristiano como él— mi camino de Damasco. Yo creo, sinceramente, que fue aquel contacto con una generación de universitarios jóvenes, muchachos de dieciocho, diecinueve años, que no habían



vivido nuestra guerra civil, que ya pensaban de otra manera, que ya no querían seguir el esquema de las dos Españas respectivamente enfrentadas. Y yo –se sincera Ruiz Giménez– me lancé por esa vía ya entonces. Salamanca me permitió entablar –rememora tiempo después– una amistad muy profunda con Enrique Tierno Galván» (...) «Sobre todo tuvimos alumnos comunes: Elías Díaz, Raúl Morodo, Fernando Ledesma fueron alumnos nuestros en Salamanca. De él y míos. Él tenía su *Boletín* en la cátedra de Derecho Político que tuvo mucho prestigio. Y yo fundé –recuerda Ruiz Giménez– una tribuna libre de diálogo *Tiempo nuevo*, amparado en que un grupo de novicios jóvenes del convento de Santo Domingo se brindaron a que montáramos allí dicha Cátedra». Desde esas diferenciadas perspectivas advertía yo aquí de esos orígenes salmantinos de «Cuadernos para el Diálogo». (Anóteme profesor Rivaya, esa mi modesta pero real participación en el primer precedente, ya no en el segundo, de esta gran empresa, antes de los mencionados artículos y libros publicados después en ella).

En esa vía dual de acción, en la segunda (más eclesial) estuvo también con gran influencia en Ruiz Giménez, la inmediata proximidad de la apertura y renovación del pontificado de Juan XXIII, el Concilio Vaticano II y la encíclica *Pacem in terris*. Ellas representaban sin duda para él un mundo del todo conocido y cercano, absolutamente en línea con su profundo espíritu cristiano ahora más en consonancia con Roma y con el que podía ejercer como autorizado mentor. Pero en diferente dirección (primera de las antes mencionadas) también asumida con decisión en «Cuadernos para el Diálogo» –por él y aún más por otros de sus colaboradores– estaba el sentido de fondo de las incipientes relaciones con –como símbolo– Enrique Tierno Galván. Más o menos directas o indirectas, significaban para él en aquellos momentos algo mucho más inquietante, un mundo más distinto y distante, en el reciente pasado y en aquel presente, en teorías y en prácticas: todo lo cual –resumido aquí en la siguiente triada– requería mayor comprensión y más complejas respuestas para su irrenunciable actitud de respeto y diálogo con los demás. Esa era –creo– la encrucijada de Ruiz Giménez.

Dialogar con los dominicos no era lo mismo que dialogar con Tierno Galván. En la Salamanca de la mitad de los años cincuenta, este era –con lo que en ese tiempo aquello social y políticamente implicaba– un vencido de la guerra civil, un agnóstico en religión y un socialista marxista (a su modo); aquel era un vencedor en la contienda civil, un cristiano muy eclesial, un político del régimen franquista, aunque en claro y sincero lento despegue de él. Clase social y cultura de fondo también los separaba: uno en línea con la filosofía racionalista (incluida su reducción analítica), laica, derivadas de la Ilustración; otro, con raíces en la filosofía escolástica y en el iusnaturalismo católico, si bien nunca dogmáticamente esgrimidas. La verdad es que esos principios no fueron fáciles, aunque dejaron su huella y su preocupación de fondo para tiempos posteriores, en la preparación de la transición. Raúl Morodo, que también lo vivió de cerca, señala (en *Atando cabos. Memorias de un conspirador moderado*, Taurus, 2001) que ambos en Salamanca «se reelaban mutuamente, aunque guardaban cordialmente las formas» y que será después en Madrid cuando «cambiarán de actitud: habrá una relación muy fluida y el afecto –dice– sustituirán a la inicial suspicacia». Como buenos amigos que somos Morodo me atribuye (como yo recíprocamente a él) «actuar de puente eficaz entre los dos grupos y, personalmente, entre Tierno y Ruiz Giménez» (...) empujando a este «hacia posiciones democráticas». Así se tejían esos u otros acuerdos valiosos para



ENTREVISTA DE BENJAMÍN RIVAYA A ELÍAS DÍAZ (PRIMERA PARTE)

lo que sería después el gran pacto de la transición: algo de ello hicimos a estos efectos y en este sentido Morodo y también yo mismo.

Tras estas muy personales rememoraciones y reivindicaciones (mías y del propio Ruiz Giménez) sobre los orígenes en Salamanca de «Cuadernos para el Diálogo», a ellas habrá, por supuesto, que añadir con carácter determinante ya en Madrid desde 1960, las numerosas conversaciones, consultas, opiniones y apoyos de amigos y colaboradores de sus anteriores tiempos y de los nuevos en la Facultad de Derecho de la entonces Universidad Complutense, incluidos los foráneos como lo era yo. Allí encontrará una vez más, entre los sectores jóvenes, estudiantes y profesores o de otros ámbitos de la ciencia y la cultura, el ánimo y el impulso decisivo en las tareas preparatorias que iban a dar lugar a la real y efectiva aparición de la revista en aquel octubre de 1963. Aquí, entre estas gentes sin, por mi parte, deseo o intento alguno de clasificar, menos aún de fijar o etiquetar nominalmente unas u otras posiciones, me parece oportuno y hasta ilustrativo añadir algo más acerca de las variables tendencias políticas e ideológicas que, con límites a veces difusos, ya se iban a manifestar y después, poco a poco, a consolidar en el seno mismo de la revista. La referencia al término «ideología», de dual significado, se entendía y funcionaba bien entonces, a diferencia de los simplismos y reduccionismos tecnocráticos de ahora. Tendríamos así para expresarlo con mayor claridad, gentes que allí ya se situaban o se situarían en el genérico denominado como democracia cristiana, otros que ya se reconocían en plurales idearios socialistas de diversos orígenes y caracteres e, incluso, un resto numeroso de oscilantes entre esas y otras cercanas posiciones. Todos allí eran (éramos) liberales, en el buen sentido (no reductivo) de la palabra, todos demócratas más o menos avanzados y radicales (de raíz democrática, quiero decir) y, desde luego, todos contrarios a las dictaduras, a los regímenes totalitarios (y autoritarios), o sea contrarios al implantado régimen franquista si bien quizás con distintas propuestas para salir o acabar con él.

Entre estas tendencias y en el marco de esa muy viva Facultad de Derecho donde profesaba como iusfilosófico Joaquín Ruiz Giménez (yo como adjunto por concurso-oposición desde 1964), el muy activo Gregorio Peces-Barba, tanto desde estudiante como después ya graduado y enseguida nuevo ayudante con nosotros, cumpliría una fundamental tarea a modo de gran aglutinante y catalizador de jóvenes coetáneos suyos, en esos primeros tiempos, precisamente hacia esa vía de la democracia cristiana. De ellos, no pocos permanecerían fieles a ese ideario colaborando, mucho más tarde ya en democracia, la mayoría en la «Unión de Centro Democrático» de Adolfo Suárez y menos en el «Partido Popular» de José María Aznar o en otras diversas instituciones públicas o privadas de esa genérica significación. Pero para nada fue este el caso de su primer inspirador Gregorio Peces-Barba, quien a lo largo de ese decenio de los sesenta y ya en el marco de «Cuadernos para el Diálogo» iría evolucionando de manera muy coherente hacia posiciones clara y decididamente socialistas, seguido en tal evolución por otros de sus nuevos compañeros dentro y fuera de la Universidad. Con ellos convergerían también en la revista otros numerosos socialistas —como yo mismo— de diferentes procedencias y plurales orientaciones. Y con plena fidelidad democrática también estuvieron enseguida presentes allí gentes de amplia y plural adscripción comunista, «los por aquel entonces perseguidísimos comunistas que desde el primer momento aceptan colaborar», como subrayaba Pedro Altares. Una buena parte (más de cincuenta) de los



componentes de estos y otros cercanos grupos políticos son quienes escribirían como homenaje a Joaquín Ruiz Giménez y sobre diversas facetas de su personalidad en la obra colectiva *La fuerza del diálogo* (Madrid, Alianza Editorial, 1997). Y una nómina aún mayor de ellos puede encontrarse en mi conmemorativo artículo *Cuadernos para el Diálogo: cincuenta años después*, («Sistema» número 235, Julio de 2014) con, a pesar de todo, no exhaustiva enumeración.

Aun con tal profunda confluencia en «Cuadernos para el Diálogo» de tendencias, grupos y personas de tan marcado acento político (además de cultural, intelectual y científico), el lógico interrogante buscará la preponderante concreta caracterización de aquella, su más concreta adjetivación y denominación, más allá de la común negación de la dictadura y la indudable afirmación de la democracia. Joaquín Ruiz Giménez, siempre al timón de la nave, daba pie sin duda a la pública opinión sobre la prevalencia democrática cristiana, a pesar de las otras no confesionales o agnósticas posiciones presentes y a pesar de que a él mismo siempre le oíamos decir y repetir con sorna que era cristiano y demócrata pero no demócrata cristiano. Hubo, creo, en esa historia una primera etapa (1963-1969) donde el fundamental propósito común dejaba más en suspenso –por así decirlo– las diversas opciones partidarias o de las diferentes tendencias que, por supuesto, realmente existían y que en el interior de la casa eran perfectamente conocidas. Y habría una segunda etapa (1969-1976), caracterizada ya por más fuertes crisis y tensiones de fondo, como las derivadas del golpe, en septiembre de 1973, contra el gobierno democrático de Salvador Allende en Chile. Junto a ellas, otro hecho decisivo y no positivo que abre, a mi parecer, esa segunda etapa fue, contra loavenido hasta entonces, la aceptación formal por Ruiz-Giménez en 1969 de la presidencia de aquel semipermitido partido que era precisamente la Democracia Cristiana, espacio donde él no se sintió nunca feliz. Se identificaba mucho más en general con las gentes de «Cuadernos para el Diálogo» que, reductivamente, con las que presidía partidistamente. Expresado en siglas se podría señalar que estaba más con CD que con DC.

Ese paso de 1969 constituiría –por así decirlo– el pistoletazo de salida para que a escala interna, aún sin romperse la comunidad básica, cada cual comenzara a organizarse y actuar también por su cuenta y riesgo, de manera más explícita según sus propias posiciones sectoriales o partidarias. El estado de excepción de ese mismo año y los confinamientos que nos afectaron también contribuiría a ello. Así es como se afirmaría allí la mayor presencia y prevalencia precisamente de los sectores adscritos al socialismo democrático (o la diferenciada social-democracia) en tiempos en que a escala europea les eran más favorables. Hay que subrayar, con todo, en este aquí resumido final de «Cuadernos para el Diálogo», como la recuperación de la básica fundamental concordia (siempre «concordia discorde» diría el gran Javier Muguerza) contribuyó en este país, tras la muerte del dictador a una política de pactos, acuerdos y entendimientos que, como ya he señalado, hicieron posible el gran consenso, la génesis de aquel proyecto, abierto y plural de la transición a la democracia y la consecuente Constitución de 1978.

[CONTINUARÁ]



Diálogos jurídicos

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA







RECENSIÓN A LA OBRA «LA ADMINISTRACIÓN AL SERVICIO DE LA JUSTICIA SOCIAL» DE LA PROFESORA EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN (IUSTEL, 2016, 217 PÁGS.)

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

Universidad de Oviedo

En momentos de crisis, con el mismo Estado del Bienestar en jaque, merece la pena reflexionar sobre los derechos sociales y el papel de la Administración en la consecución de la justicia. Tal es el objetivo de la última novedad editorial de la profesora Menéndez Sebastián, que trata de analizar cómo el Derecho Administrativo puede contribuir a la justicia social, recordando desde el mismo inicio que un país no puede ser sostenible sin ella.

El análisis administrativista resulta altamente pertinente teniendo en cuenta que existe una indefectible vinculación entre Justicia y Derecho público; definiéndose la Administración del Estado Social como la actividad estatal administrativa puesta al servicio de la realización de la Constitución social. Arranca así la autora con un capítulo preliminar, en el que se desmenuza con clarividencia la relación entre Estado Social, justicia y Derecho Administrativo, anunciándose lo que viene a ser el gran hallazgo y aporte de la monografía: que el Derecho Administrativo puede contribuir de forma muy activa al logro del Estado Social y ello no sólo a través de la intervención directa, que es la manera más evidente de actuación administrativa, sino también a través del enfoque social en la regulación de cualquier otra materia, que es lo que ha pasado más desapercibido. Y lo que no es cuestión baladí, todo esto puede hacerse además de manera compatible con la sostenibilidad financiera y el equilibrio presupuestario, sin suponer necesariamente un aumento del gasto público.

De ello pone ejemplos suficientes la profesora Menéndez Sebastián en el segundo capítulo de su monografía, donde se desgranar perfiles y efectos concretos de la actividad administrativa de prestación, regulación y distribución. Antes, en el capítulo primero, se analizan las implicaciones de la configuración constitucional del Estado Social en nuestro ordenamiento desde un prisma que linda con el Derecho Constitucional y comparado. Se pone así de manifiesto el papel protagonista que el mandato constitucional que impone a los poderes públicos actuar en pro de la igualdad material confiere a la Administración, sin olvidar que esta ha de perseguir siempre el interés general con base en el principio de eficacia.

En conjunto, la obra analiza, con gran solvencia, cómo a través de las actividades clásicas de la Administración se puede contribuir en mayor o menor medida a la consecución





DIÁLOGOS JURÍDICOS 2017

ción de la justicia social, cómo la elección de un modelo u otro puede repercutir de forma considerable en la efectividad de los derechos sociales y cómo ha evolucionado dicha intervención en la sociedad. Finalmente, también se presta atención a las consecuencias «pasivas» de la configuración de un Estado de Derecho para nuestra Administración, destacando a este respecto el principio de legalidad, el control judicial y la responsabilidad patrimonial. Aquí el análisis se apoya en sugerentes ejemplos jurisprudenciales, como el del tratamiento de las listas de espera y la protección de la salud.

Estamos, pues, ante una interesantísima monografía recomendable sin duda para todos aquellos que quieran saber más, pero sobre todo pensar más, sobre el enfoque social que debe darse al Derecho Administrativo por propio imperativo constitucional y el rol que precisamente por ello nuestro ordenamiento jurídico ha reservado a la Administración.