

Estudios de Deusto

Vol. 59/2 Julio-Diciembre 2011

Sumario

Estudios

El origen y desarrollo de la Seguridad Social: una perspectiva materialista
José Andrés Álvarez Patallo

El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución

José Antonio Estrada Marún

La participación política de los extranjeros en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011. Una reflexión crítica sobre un intento fallido de democracia inclusiva
Mercedes Iglesias Báñez

El tribunal constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos

sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana

Pedro J. Tenorio Sánchez

Aproximación al contenido de un derecho constitucional al medio ambiente

Manuel Terol Becerra

Difusión extrajudicial del Derecho justo frente al reto del achicamiento del mundo

Manuel María Zorrilla Ruiz

Notas

La necesaria puesta al día del régimen de la modificación de la obligación en el Código civil español

Moisés Barrio Andrés

La dudosa constitucionalidad de la regulación legal de las medidas limitativas de derechos fundamentales del deudor en el proceso concursal

Manuel Díaz Martínez

Jurisprudencia

Junta universal y orden público (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010)

Aranzazu Pérez Moriones

Recensión

La dignidad de la persona, por José M^a Coello de Portugal

Alberto Oehling de los Reyes

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en el catálogo LATINDEX

Indexada en las bases de datos ISOC, IBZ, PIO y PAIS

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 59/2

Desde su fundación vol. 87

(Fasc. 127)

Julio-Diciembre 2011

Bilbao
Universidad de Deusto
2011

Director:

Ignacio María Beobide

Secretario:

Luis Ignacio Gordillo

Consejo de redacción:

Ricardo de Ángel Luis Ignacio Gordillo
Iciar Basterretxea Gema Tomás
Ignacio María Beobide Demetrio Velasco
María Pilar Canedo

Consejo asesor:

Rosario Besné Víctor Fernando Manrique
Javier Caño (†) Ramón Múgica
Jorge Caramés Fernando Renedo
Juan Echano Javier San Juan
Aitziber Emaldi Manuel María Zorrilla
Marta Enciso

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa 45 €
Otros países 52 \$
Número suelto 24 €

IVA incluido

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.
Indexada en las bases de datos ISOC, IBZ, PIO y PAIS.

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, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

In Memoriam

Comunicamos con profundo pesar a nuestros suscriptores y lectores la muerte del compañero, amigo y ex Director de esta revista, Doctor Juan Churruca Arellano. Su generosa colaboración en *Estudios de Deusto* ha sido una más de sus muchas aportaciones a la Universidad de la Iglesia de Deusto de la que fue Rector, profesor, Director de esta revista y Decano de la Facultad de Derecho. El Director, los miembros del Consejo de Redacción y del Consejo Asesor expresan su condolencia por tan sensible pérdida.

Sumario

Estudios

- José Andrés ÁLVAREZ PATALLO, *El origen y desarrollo de la Seguridad Social: una perspectiva materialista* 13
- José Antonio ESTRADA MARÚN, *El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución* 63
- Mercedes IGLESIAS BÁREZ, *La participación política de los extranjeros en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011. Una reflexión crítica sobre un intento fallido de democracia inclusiva* 95
- Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ, *El tribunal constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana* 127
- Manuel TEROL BECERRA, *Aproximación al contenido de un derecho constitucional al medio ambiente* 169
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Difusión extrajudicial del Derecho justo frente al reto del achicamiento del mundo* 209

Notas

- Moisés BARRIO ANDRÉS, *La necesaria puesta al día del régimen de la modificación de la obligación en el Código civil español* 239
- Manuel DÍAZ MARTÍNEZ, *La dudosa constitucionalidad de la regulación legal de las medidas limitativas de derechos fundamentales del deudor en el proceso concursal* 259

Jurisprudencia

- Aranzazu PÉREZ MORIONES, *Junta universal y orden público (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010)* 279

Recensión

- Alberto OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, por José M^a Coello de Portugal 311
-

Table of Contents

Studies

- José Andrés ÁLVAREZ PATALLO, *The origin and development of the Social Security: a materialist approach* 13
- José Antonio ESTRADA MARÚN, *The delay in the election of judges of the Constitutional Court. A prospective solution* 63
- Mercedes IGLESIAS BÁREZ, *The political participation of foreigners in local elections May 22, 2011. A critical reflection on a failed attempt inclusive democracy* 95
- Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ, *The Constitutional Court, the Social State clause, social rights and the right to a minimum decent living wage in the German Federal Republic* 127
- Manuel TEROL BECERRA, *An approach to the content of the constitutional right to enjoy a suitable environment* 169
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *The extrajudicial diffusion of the just law v. the challenge of the dimitution of the world* 209

Notes

- Moisés BARRIO ANDRÉS, *The need for the upgrade of the modification of obligations regime* 239
- Manuel DÍAZ MARTÍNEZ, *The questionable constitutionality of the legal regulation of the measures restricting the debtor fundamental rights within the insolvency proceedings* 259

Jurisprudence

- Aranzazu PÉREZ MORIONES, *Universal shareholders meeeting and public order (a comment on the Supreme Court Decision of 19 April 2010)* 277

Book review

- Alberto OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, by José M^a Coello de Portugal 311

ESTUDIOS

EL ORIGEN Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: UNA PERSPECTIVA MATERIALISTA

José Andrés Álvarez Patallo

Letrado de la Administración de la Seguridad Social
Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto

Recibido: 04.04.2011

Aceptado: 21.11.2011

Resumen: El presente artículo analiza el origen y desarrollo de la Seguridad Social desde una perspectiva materialista, entendiendo por tal opuesto a idealismo. Si éste parte de que las ideas son lo primero, es decir, que las representaciones mentales de cualquier tipo son las que verdaderamente configuran la realidad, el materialismo, por el contrario, parte de un presupuesto metodológico opuesto basado en que es la realidad material la que configura las ideas. La primera conclusión a la que se llegará será que la Seguridad Social nace por la dependencia salarial a que conduce la Revolución Industrial, lo que hizo necesario establecer un sistema sustitutivo de las rentas salariales para el caso de pérdida de éstas. La segunda conclusión puede resumirse en que tanto el problema de la dependencia salarial como la solución al mismo (un sistema de protección social público y obligatorio), perviven en nuestros días, es decir, que la Seguridad Social es más necesaria y viable que nunca.

Palabras clave: Seguridad social, Derecho laboral, materialismo, idealismo.

Abstract: *This article analyses the origin and development of Social Security from a materialist perspective, contrary to idealism. Idealism supports that the mental representation, of any kind, is what makes true reality. On the other hand, materialism is based on the ideological opposite methodological assumption based on the principles that material reality configures the ideas. The first conclusion to be made is that Social Security was born because of salary independency which led to the Industrial Revolution, which made it necessary to establish a substitute system of the salarial incomes in case of the losses of them. The second conclusion can be resumed in the fact that the problem of the salarial independency and the solution of it, nowadays remain, which means that Social Security is even more necessary and viable than ever.*

Key words: *Social Security, Labor Law, Materialism, idealism*

SUMARIO. I.- Introducción II.- El materialismo cultural III.- Los orígenes de la Seguridad Social: cuatro ejemplos históricos III.a.- Alemania III.b.- Gran Bretaña III.c.- Estados Unidos III.d.- España IV.- La importancia de las ideas en el nacimiento de la Seguridad Social V.- Las causas del nacimiento de la Seguridad Social

I. INTRODUCCIÓN

A estas alturas y con una perspectiva ya de más de cien años de historia de protección social pública podría parecer ocioso seguir estudiando el nacimiento de la Seguridad Social. Sin embargo entiendo que no es así por varias razones. En primer lugar porque, transcurrido cierto tiempo, se tiende a dar por sentados ciertos axiomas que sin embargo pueden ser erróneos. En segundo lugar porque siempre cabe estudiar los orígenes de la Seguridad Social desde una perspectiva nueva que aporte nuevos puntos de vista. En tercer lugar porque es necesario que no se olvide cómo y por qué nació la Seguridad Social para que tengamos muy claro a qué finalidad responde y por qué debe ser preservada por encima de las voces que cuestionan su existencia y viabilidad.

Por todas estas razones en este trabajo trataré de analizar el origen y desarrollo de la Seguridad Social desde una perspectiva materialista. Cuando hablo de materialismo empleo este término como opuesto a idealismo. Si éste parte de que las ideas son lo primero, es decir, que las representaciones mentales de cualquier tipo son las que verdaderamente configuran la realidad, el materialismo, por el contrario, parte de un presupuesto metodológico diametralmente opuesto basado en que es la realidad material la que configura las ideas. Siguiendo este planteamiento puedo avanzar ya dos conclusiones, a saber: primera, que la Seguridad Social nace por la dependencia salarial a que conduce la Revolución Industrial, lo que hizo necesario establecer un sistema sustitutivo de las rentas salariales para el caso de pérdida de éstas. Ahora bien, la Revolución Industrial, que generó el problema, también generó la riqueza necesaria para solucionarlo a través de los distintos sistemas de protección social pública que de una manera u otra conducirían al nacimiento de la Seguridad Social. La segunda conclusión es que tanto el problema de la dependencia salarial como la solución al mismo, a través de un sistema de protección social público y obligatorio, perviven en nuestros días, es decir, que la Seguridad Social es más necesaria y viable que nunca.

II. EL MATERIALISMO CULTURAL

Podría sorprender a primera vista que un trabajo sobre una rama del Derecho como es la Seguridad Social comience hablando de la cultura. Ello sería debido al significado que utilizamos normalmente para referirnos a la cultura, como todo aquello que se relaciona con el saber o con las artes. Sin embargo, desde el punto de vista antropológico el concepto de cultura es algo mucho más amplio. MARVIN HARRIS, uno de los antropólogos más influyentes de los últimos años y creador de la teoría del materialismo cultural, toma de ALFRED KROEBER y CLYDE KLUCKHOHN la siguiente definición de cultura¹:

¹ HARRIS, M. *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Siglo Veintiuno Editores, S.A., Madrid, 1978, pág. 8.

“Un conjunto de atributos y productos de las sociedades humanas, y, en consecuencia, de la humanidad, que son extrasomáticos y transmisibles por mecanismos distintos de la herencia biológica”.

De esta manera, el Derecho forma parte claramente de la cultura de las sociedades y, por tanto, está sujeto en su evolución a la influencia de los rasgos definidores de un determinado momento histórico, de forma paralela, aunque no siempre por vías sincrónicas, a la evolución de otros productos culturales, tales como el arte, la filosofía de la ciencia, teoría del conocimiento, literatura, etc.²

Desde esta perspectiva, el materialismo cultural pretende ser una teoría sistémica que defina unas pautas de evolución para todo aquello que forme parte del acervo cultural de las sociedades humanas y, por extensión, también para el Derecho. No estoy de acuerdo con la totalidad de los planteamientos de HARRIS, especialmente en su etapa inicial, cuando defendía que era posible obtener una explicación materialista de todos y cada uno de los aspectos, incluso los más nimios, de los rasgos culturales de las sociedades. De hecho él mismo moderó bastante algunas de sus conclusiones en su etapa final. Sin embargo, entiendo que sus teorías son especialmente adecuadas para analizar el nacimiento y evolución de la Seguridad Social. Concretamente, pretendo argumentar que fueron unas determinadas circunstancias tecnológicas, conocidas ordinariamente como “Revolución Industrial”, las que generaron la aparición de la Seguridad Social, pero no como consecuencia de la lucha obrera o del incremento de los accidentes de trabajo, como se ha defendido tradicionalmente de una manera casi exclusiva. En realidad, éstos fueron problemas concomitantes, pues la verdadera causa del nacimiento de la Seguridad Social fue que la Revolución Industrial generó una situación nueva, cual es que la mayor parte de la población pasó a concentrarse en las ciudades y a depender exclusivamente de un salario para su subsistencia, de modo que, si perdían éste por vejez, invalidez o desempleo, todo el grupo familiar se veía abocado a la indigencia. Ahora bien, el verdadero mérito de la Revolución Industrial estuvo en que generó la riqueza suficiente como para establecer un sistema público de protección social que hiciera frente a dichos problemas. Esta situación nueva provocó la aparición también de nuevas ideas y principios que habrían de informar el Derecho de la Seguridad Social y que, con el tiempo, han enraizado en las sociedades desarrolladas hasta el punto de convertirse por sí mismas en impulsoras de reformas legales.

Antes de pasar adelante debemos dar unas pinceladas acerca de la teoría del materialismo cultural, sin ánimo de ser prolijos, con objeto de sentar la base metodológica de nuestro enfoque. HARRIS parte del materialismo histó-

² MOLINA NAVARRETE, C. Algunas reflexiones sobre la ley y los principios generales en el Derecho de la Seguridad Social. En *Relaciones Laborales*, La Ley, Madrid, 1998, vol. I, pág. 325.

rico de MARX, pero lo desarrolla y, sobre todo, pule el bagaje ideológico marxista para obtener un método científico que explique la evolución de las sociedades humanas.

Para HARRIS, la explicación de las sociedades humanas se estructura en una pirámide con tres capas, a saber, la infraestructura, la estructura y la superestructura³. En la capa inferior, o base de la pirámide, está la infraestructura, que abarca los modos de producción y reproducción. Entre los primeros situaríamos la tecnología de subsistencia, las relaciones tecno-ambientales, los ecosistemas o las pautas de trabajo. Es decir, en la infraestructura, la economía denota las prácticas de producción predominantes, como el forraje, la agricultura de secano o la producción industrial; en otras palabras, el modo de subsistencia⁴. Entre los modos de reproducción situamos la demografía, las pautas de apareamiento, la natalidad-mortalidad, la anticoncepción, aborto, infanticidio, etc.⁵.

La capa intermedia de la pirámide es la estructura, que abarca la economía doméstica (estructura familiar, división del trabajo doméstico, roles sexuales y de edad, etc.) y la economía política, que incluye la organización política, la división del trabajo, los esquemas fiscales, etc.

Finalmente, la cúspide de la pirámide está formada por la superestructura, que comprende una parte conductual (arte, música, literatura o ciencia) y una parte mental (ideas políticas y religiosas, por ejemplo).

El Derecho es claramente un producto cultural, es decir, una creación humana destinada a regular el funcionamiento pacífico y ordenado de las sociedades. El Derecho presenta una doble vertiente, pues, por un lado, existe toda una maquinaria legal y burocrática destinada a garantizar su eficacia (tribunales, policía, abogados, procesos judiciales, instituciones penitenciarias, etc.) que se ubicarían en la estructura como parte de la organización política de una sociedad. Sin embargo, el Derecho contiene ideas y principios, que se ubicarían en la superestructura⁶. DWORKIN llama principio “a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁷. Esos principios del Derecho tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce y revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización

³ HARRIS, M. *El materialismo cultural*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, págs. 68 a 70.

⁴ HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna*, Crítica, Barcelona, 2004, pág. 142.

⁵ HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 82.

⁶ RIVAYA, B. *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 127.

⁷ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, pág. 72.

de tal grupo social, y ello porque si el Derecho es una ordenación organizadora de la comunidad social, no hay que olvidar que descansa en definitiva en un conjunto de creencias o de convicciones del grupo humano a que va destinado⁸. Tales principios, consagrados en el art. 1º del Código Civil (en adelante CC) como fuente del Derecho, tienen un valor fundamental tanto para integrar las lagunas legales como para la determinación del verdadero alcance, sentido o significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal⁹, o, como señala DWORKIN, “cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”¹⁰.

Esa doble vertiente del Derecho, estructural y superestructural, es especialmente patente en la Seguridad Social, y es precisamente lo que la convierte en una realidad tan compleja y rica para su estudio, pues la Seguridad Social supone una gran organización administrativa destinada a allegar los fondos necesarios para atender una serie de necesidades, pero tales necesidades son fijadas por las leyes en cada momento concreto y en atención a unos determinados principios o ideas¹¹.

Volviendo al materialismo cultural, su eje fundamental es el determinismo infraestructural¹², es decir, la teoría de que las relaciones de producción y reproducción influyen sobre las estructuras familiares y políticas en una determinada dirección, lo que, a su vez, genera una determinada orientación del arte, la ciencia e, incluso, de las ideas (superestructura). La explicación se halla en que, “como todas las bioformas, los seres humanos consumen energía para obtener energía (y otros productos que ayudan a sostener la vida). Y como todas las bioformas, nuestra capacidad para producir niños supera a nuestra capacidad para obtener energía para ellos. La prioridad estratégica de la infraestructura se apoya en el hecho de que los hombres no pueden cambiar estas leyes. Lo más que podemos hacer es buscar un equilibrio entre la reproducción y la producción y consumo de energía. Qué duda cabe que la tecnología nos ha permitido alcanzar una notable capacidad para elevar y disminuir las tasas productiva y reproductora respectivamente. Pero también la tecnología se ve afectada por leyes físicas, químicas, biológicas y ecológi-

⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2005, vol. I, pág. 144. En similares términos MARTÍN VALVERDE, A. La formación del Derecho del Trabajo en España. En VV. AA. *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XV.

⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil* cit., pág. 141.

¹⁰ DWORKIN, R. *Los derechos en serio* cit., pág. 77.

¹¹ PIETERS, D. *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pág. 15.

cas que no son alterables y que necesariamente limitan el ritmo y la dirección del cambio tecnológico y, por ende, el grado de control sobre la reproducción que la intervención tecnológica hace posible en un contexto ambiental específico. Por añadidura, toda intervención de esta índole se halla limitada por el nivel de evolución tecnológica –nivel que no puede ser alterado por un acto de voluntad instantáneo– y la capacidad de cada hábitat para absorber diferentes tipos e intensidades de tecnoeconomías sin sufrir cambios irreversibles. La infraestructura, en otras palabras, representa la principal zona interfacial entre naturaleza y cultura, la región fronteriza en la que se produce la interacción de las restricciones ecológicas, químicas y físicas a que está sujeta la acción humana con las principales prácticas socioculturales destinadas a intentar superar o modificar dichas restricciones”¹³.

La primacía de la infraestructura no significa sin embargo una visión fatalista de la historia al estilo clásico, como la reflejada, entre otros muchos casos, en la tragedia griega *Antígona*, en la que el coro advierte a Creonte: “pues no pidas nada; que de la suerte que el destino tenga asignada a los mortales, no hay quien pueda evadirse”¹⁴. El propio HARRIS se rebeló contra quienes pretendían dar esta interpretación a su teoría: “rechazo de plano cualquier pretensión de que se pueda interpretar todo acontecimiento y proceso económicos como mero reflejo de los modos de producción y reproducción”¹⁵. La primacía de la infraestructura significa por el contrario una tendencia evolutiva de las sociedades, según la cual la probabilidad de que las innovaciones que surgen en el sector infraestructural sean preservadas y propagadas es tanto mayor cuanto más potencian la eficiencia de los procesos productivos y reproductivos que sustentan la salud y el bienestar y que satisfacen necesidades y pulsiones biopsicológicas básicas en el hombre¹⁶. Y si esas innovaciones potencian el bienestar humano tendrán más posibilidades de consolidarse, aunque colisionen con los valores morales o políticos vigentes en una sociedad, los cuales se modificarán a favor de aquéllas. Por el contrario, si la imposición de ciertos valores morales o de una determinada organización política frena la implantación de innovaciones infraestructurales que potencian el bienestar de los individuos, dicha imposición tiene mayores posibilidades de fracasar, tal como ocurrió en la URSS¹⁷. En definitiva, el hombre es quien lleva

¹² Hay que aclarar que el propio HARRIS, ante la avalancha de críticas que provoca el empleo de esta expresión, que parecía dejar la evolución de la historia fuera de toda posibilidad de influencia activa y consciente por parte del hombre, modificó la denominación de “determinismo infraestructural” por la de “primacía de la infraestructura” (HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 142).

¹³ HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 72.

¹⁴ SÓFOCLES. *Antígona*. En *Tragedias*, Edaf, Madrid, 1999, pág. 345.

¹⁵ HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 81.

¹⁶ HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 142.

¹⁷ *Ibid.*, págs. 143 y 175 a 183.

las riendas de su propio destino, pero no puede moldear el mundo de manera absolutamente libre, pues tiene que aceptar que existen condicionantes que limitan su actuación, en definitiva, que “determinan” su actuación¹⁸.

Finalmente, el planteamiento del materialismo cultural no quiere decir que las ideas no tienen ninguna importancia en la evolución histórica, siendo ésta la crítica más común que se ha hecho de la teoría del materialismo cultural. El propio HARRIS rebate esta crítica cuando puntualiza que “la primacía de la infraestructura no significa que, en el curso de la evolución sociocultural, los factores simbólico-ideacionales sean siempre receptores pasivos de impulsos originados en la infraestructura. Las configuraciones simbólico-ideacionales no son necesariamente el opio barato de Marx, sino que a menudo son estimulantes que dan energía a las personas y movilizan sus recursos en aras de tipos especiales de cambio sociocultural. No obstante, sólo se puede decir que tienen éxito en la medida en que retroalimentan a y son compatibles con unas condiciones infraestructurales cambiantes”¹⁹.

Yo añadiría algo más respecto a la fuerza de las ideas, que es lo que podríamos llamar “efecto retorno de las ideas”. Las condiciones infraestructurales pueden contribuir a definir una determinada organización social (familiar y política) y ésta a su vez puede condicionar unas determinadas ideas, pero éstas terminan implantándose en la sociedad y, en su momento, condicionarán por sí mismas la organización estructural. Esto podemos verlo nítidamente en todas las políticas a favor de la igualdad de sexos, que han ido evolucionando desde una política de no discriminación hacia una política que pretende la igualdad efectiva imponiendo incluso en determinadas ocasiones la paridad. Probablemente HARRIS no hubiese aceptado este planteamiento por demasiado idealista, pero considero que mi matización sobre el efecto retorno de las ideas explica determinados aspectos culturales de las sociedades que el determinismo infraestructural no alcanza a explicar satisfactoriamente. Me refiero en concreto a la diferencia entre el grado de estatismo existente entre EEUU y Europa, mayor en el viejo continente que en aquél país. Los condi-

¹⁸ “El que este proceso origine patrones de pensamiento y conducta predecibles o inferibles *a posteriori* no se debe a que una misteriosa fuerza o sistema teleológico supraindividual haya impuesto su voluntad sobre los individuos, sino a que los individuos confrontados a restricciones y oportunidades similares tienden a decantarse por opciones semejantes en lo que respecta a su propio interés. La libertad de actuación del hombre, que se manifiesta en su capacidad de negociar en beneficio propio, no se potencia haciendo caso omiso de los aspectos deterministas de la vida social, sino que es el potenciamiento de la libertad el que depende en gran medida del examen consciente de todas las limitaciones y oportunidades materiales, de los costes tanto como de los beneficios, a largo y a corto plazo (...) El enemigo de la actuación humana no es el determinismo histórico, sino la idea frívola de que los hombres son libres de configurar el mundo social como mejor les plazca” (*Ibid.*, pág. 151).

¹⁹ HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 148.

cionantes infraestructurales han sido muy similares en uno y otro territorio y sin embargo en Europa, y no digamos en España, siempre existe una mayor tendencia a que sea el Estado quien asuma la implantación de mecanismos de protección social. Ello a mi juicio deriva de que las ideas relacionadas con la protección social obligatoria han enraizado más en Europa que en EEUU. Cuando analicemos la evolución de la Seguridad Social desde el punto de vista del materialismo cultural tendremos ocasión de volver sobre este punto.

III. LOS ORÍGENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CUATRO EJEMPLOS HISTÓRICOS

Resulta llamativo que un sistema tan complejo y de tanta trascendencia social naciese prácticamente a la vez (dentro de un lapso de unos cuarenta años) en países tan alejados geográficamente como Nueva Zelanda o EEUU, España o Dinamarca, y con una situación política tan dispar. Por eso es importante analizar los orígenes de la Seguridad Social en distintos países con objeto de averiguar si existía algún elemento en común que justificase la aparición casi simultánea de la Seguridad Social en todos esos países. Para realizar este análisis comparado he seleccionado tres supuestos representativos y dispares, como son Alemania, Gran Bretaña y Estados Unidos. Pero, por supuesto, no podemos olvidarnos de España, no sólo por ser nuestro país, sino también porque presentaba peculiaridades muy marcadas en el momento en que nació la Seguridad Social que pueden enriquecer mucho el objeto de nuestro estudio.

III.a. Alemania

Es obligado comenzar el análisis de los orígenes históricos de la Seguridad Social recordando las circunstancias políticas, económicas y sociales existentes en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, que determinarían el nacimiento de los primeros seguros sociales obligatorios y, en consecuencia, de la Seguridad Social.

La segunda mitad del siglo XIX en Alemania contempló un crecimiento económico sin precedentes derivado de la Revolución Industrial. En 1850 el desarrollo fue estimulado por la construcción del ferrocarril, cuya red aumentó de 5.856 km en aquella fecha a 11.175 km en 1860. La mejora del transporte arrastró a su vez la producción de hierro y acero. La producción de hierro en el área de Zollverein aumentó de 214.560 toneladas en 1850 a 530.290 en 1860, y la producción de acero creció en la misma zona y periodo de 196.950 a 426.260 toneladas. La producción de carbón también se vio arrastrada y en la cuenca del Ruhr la producción pasó de 1.961.000 toneladas en 1850 a 11.571.000 toneladas en 1870. Proporcionalmente, el número de trabajadores empleados en la minería del carbón pasó en la misma zona y periodo de 12.741 a 50.749 y el número de mineros por pozo de una media de 64 a 236.

La propia agricultura vivió una era dorada aumentando la producción agrícola un 76 por ciento entre 1850 y 1875²⁰.

Consecuentemente con lo anterior, la economía alemana vivió una profunda industrialización durante el último cuarto del siglo XIX. Entre 1870 y 1874 el 33,8 por ciento del producto interior procedía de la industria, minería y transporte, el 37,9 por ciento de la agricultura y el 8,15 por ciento del sector terciario. En el periodo de 1890 a 1894 las cifras son respectivamente 40,6, 32,3 y 8,7 por ciento, y además el sector terciario dependía en su mayor parte de la industria. Del mismo modo, el índice de producción industrial creció del 18,8 en 1870 al 39,9 en 1890. Ello generó importantes cambios sociales. Por citar algunos datos, en 1871 había en Alemania una población de 41 millones de habitantes, que había ascendido a casi 50 millones en 1890. Además del crecimiento demográfico, la emigración de las zonas rurales del este a las ciudades del oeste provocó una creciente urbanización de la sociedad. Por ejemplo, cincuenta ciudades de Alemania occidental reunían una población de 2,63 millones en 1871, cifra que ascendió a 4,11 millones en 1890. Proporcionalmente, el porcentaje de alemanes viviendo en ciudades de más de 100.00 habitantes subió en ese mismo periodo del 4,8 al 12,1 por ciento²¹.

La creciente industrialización de Alemania, al igual que en el resto de Europa, generó la aparición de una importante masa de trabajadores asalariados concentrados en las urbes. Aparece así el proletariado, que vivía exclusivamente del jornal. El trabajo se convierte en mercancía y queda sujeto a las fluctuaciones de la oferta y la demanda, por lo que su valor dependía de la mecánica de los precios y, como es natural, se fijaba al tipo más bajo posible. Los salarios llegaron a ser casi insuficientes para atender las necesidades más elementales del trabajador y su familia. Tal inseguridad, con sus consecuencias de miseria, engendró un profundo malestar y un ambiente de protesta²². En ese proletariado comienzan a calar las ideas marxistas, creándose en 1863 la Asociación General de Trabajadores Alemanes y en 1867 el Partido Social-democrático Obrero, que tuvo una rápida expansión y que empleaba tácticas

²⁰ FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany. 1850-1918*, Routledge, Londres, 2001, pág. 7.

²¹ *Ibid.*, pág. 99.

²² POSADA, C. G. Los seguros sociales obligatorios en España. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 3. Fue a partir de 1860 cuando este nuevo proletariado alcanzó conciencia de clase: "Trade unions organization was therefore difficult, but during the revolution so-called "workers brotherhoods" a mixture of embryonic union and political party, appeared. In the 1850s the growth of the industrial proletariat raised the question to what extent it should seek its emancipation within the liberal economic order and in collaboration with liberals, or whether it should challenge the market economy from a collectivist or socialist perspective. The latter alternative prevailed, but this did not become clear until the 1860s. The crowding of workers and their families into inadequate housing in the proletarian ghettos of large cities separated them spatially from the middle classes and was an element in fostering a separate political consciousness" (FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany* cit., pág. 8).

violentas²³. Se había generado así un ambiente prerrevolucionario. Cuando todavía estaba vivo el recuerdo de las jornadas del año 1848, en las que la muchedumbre berlinesa había obligado al rey a descubrirse frente a los cadáveres de algunos insurrectos, en el año 1878 dos atentados contra la vida del emperador, con pocas semanas de diferencia entre ellos, habían resonado siniestramente para los conservadores. Así pues, en Alemania tenía buena razón de ser la idea de reducir la presión de la política socialista y alejar amenazas y peligros satisfaciendo algunas exigencias de las más sentidas por las clases trabajadoras²⁴.

A esa situación de por sí explosiva hay que añadir que a partir de 1873 se inicia un periodo de depresión, que, aunque no fue muy pronunciada, fue soportada fundamentalmente por los obreros²⁵. Actualmente los economistas relativizan bastante esta crisis, que tradicionalmente se había considerado grave y prolongada (hasta 1896), y que ahora es vista más bien como una etapa de desaceleración económica. Entre 1870 y 1873 la red de ferrocarril creció cerca de un 27 por ciento y el tráfico de bienes por encima del 70 por ciento. La producción de carbón creció un 38 por ciento, la de hierro un 61 por ciento y la de acero un 50 por ciento. Sin embargo, entre 1873 y 1879 la producción anual de hierro siguió creciendo de 2,22 millones de toneladas a 2,23, la de acero de 1,58 millones de toneladas a 1,72 y la carbón de 36,39 millones de toneladas a 42,03. Los salarios se redujeron sustancialmente (en la empresa Krupp a la mitad entre 1873 y 1878, por ejemplo), pero correlativamente también cayeron los precios. En todo caso, es cierto que la principal repercusión de esta desaceleración recayó sobre los trabajadores, tanto por el recorte de salarios como de empleos (por ejemplo, la empresa MAN en Nuremberg redujo su plantilla de 3.500 trabajadores en 1872 a 800 en 1879), por lo que hubo una elevación dramática de las tensiones sociales²⁶.

Bismarck llevó al Parlamento una ley que estipulaba la disolución de todas las asociaciones social-demócratas, socialistas y comunistas, que prohibía todas sus reuniones, sus celebraciones y la impresión de material. La mayoría de los liberales deseaban mantener controlados a los socialistas, pero quedaron divididos cuando Bismarck planteó su persecución abierta. De esta manera, el Canciller anuló a socialistas y liberales. No obstante, con un plan político muy ambicioso, pretendió además ganarse a los trabajadores mediante la organización de un sistema de seguros sociales, implantando en 1883 el seguro de enfermedad, en 1884 el seguro de accidentes de trabajo y en 1889 el

²³ ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 70.

²⁴ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pág. 106.

²⁵ WALLER, B. *Bismarck*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 104.

²⁶ FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany* cit., págs. 67 y 68.

seguro de vejez-invalidez²⁷. De este modo, siguiendo su característica *realpolitik*, Bismarck pretendía eliminar las causas de descontento de los trabajadores, descontento que comprometía la seguridad del Estado, ligar el proletariado al Estado a través del cordón umbilical de las prestaciones sociales, defender la organización capitalista de la producción y sustraer a los grupos profesionales obreros los elementos de combate que podían llegar a ser en las luchas sociales las sociedades de socorro y previsión anejas a los sindicatos²⁸. Aparte de estas motivaciones políticas a corto plazo, ya se venía denunciando por diversos sectores que los sistemas tradicionales de lucha contra la pobreza se habían quedado obsoletos y resultaban insuficientes para afrontar la nueva situación social creada por la industrialización. La Asociación de Política Social, fundada en 1872 (cuyos miembros eran despectivamente llamados socialistas de cátedra por los teóricos más liberales), contaba con destacados economistas como Gustav Schmoller o Lujo Brentano, que defendían la intervención del Estado para corregir los desequilibrios del mercado libre. Del mismo modo, Bismarck contaba con asesores como Hermann Wagener y Theodor Lohman, que perfilaron el modelo de seguros sociales y que defendían la emancipación del obrero para que adquiriese conciencia de plena ciudadanía²⁹. Estas medidas no obstante no fueron unánimemente aplaudidas en aquella época, sino que sufrieron la incomprensión de numerosos sectores y fueron criticadas no sólo por los teóricos liberales, sino por muchos representantes de los trabajadores, que las compararon con el reparto de pan entre la plebe en la Roma imperial, o con una estafa, por la reducida cuantía de las prestaciones por las que tenían que cotizar (la pensión de jubilación se percibía además a los 70 años, edad que muy pocos trabajadores esperaban alcanzar en aquella época)³⁰. En todo caso, aquellas medidas tuvieron una enorme trascendencia histórica, y no sólo para Alemania, pues se había sentado la base de la Seguridad Social en el mundo.

III.b.-Gran Bretaña

Al margen del antecedente de la Ley de accidentes de trabajo de 1897 (*Workmen's Compensation Act*), que se basaba en la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes sufridos por los trabajadores a su servicio, fue en 1911 cuando el primer ministro Lloyd George instituyó a imitación del modelo alemán los seguros obligatorios de enfermedad, invalidez y desempleo mediante la *National Insurance Act*. En principio no se cubrió la vejez por-

²⁷ WALLER, B. *Bismarck* cit., pág. 106.

²⁸ POSADA, C. G. Los seguros sociales obligatorios en España cit., pág. 7.

²⁹ FEUCHTWANGER, E. *Imperial Germany* cit., pág. 85.

³⁰ *Ibid.*, pág. 87.

que se consideraba ya protegida a través de la *Old Age Pensions Act* de 1908³¹. A cambio, sí se cubriría el desempleo por ser un problema especialmente acuciante en Gran Bretaña para el que la *Poor Law* resultaba notoriamente insuficiente³², hasta el punto de que constituía un elemento de inestabilidad social tan amenazador que Lloyd George presentó el seguro de desempleo a la opinión pública y a las clases conservadoras como “una prima de seguro contra la revolución”³³. En los mismos términos, VENTURI recoge la siguiente cita de Lord Snowden: “el sistema de seguro contra el paro ha salvado –en mi opinión– a este país de la revolución con ocasión de la larga depresión económica que tuvimos a partir del año 1929”³⁴.

Lloyd George actuó como patrocinador de dicha reforma social, pero el verdadero promotor de la misma fue un joven Winston Churchill desde su cargo como Ministro de Comercio³⁵. A finales de 1908 Churchill presentó al

³¹ ALMANSA PASTOR, J. M. *Derecho de la Seguridad Social* cit., pág. 73.

³² VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 114.

³³ POSADA, C. G. Los seguros sociales obligatorios en España cit., pág. 8.

³⁴ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 115.

³⁵ Churchill escribía el 29-12-1908 la siguiente carta al primer ministro Asquith: “Durante estos días de tranquilidad he estado dándole vueltas a muchas cosas y me siento impulsado a señalarle la convicción que hace tiempo se ha estado formando en mi mente. Hay una tremenda política de Organización Social. La necesidad es urgente y el momento, oportuno. Alemania, con un clima más duro y con menor riqueza acumulada, ha conseguido crear unas condiciones básicas tolerables para su pueblo. Está organizada no sólo para la guerra, sino para la paz. Nosotros no estamos organizados para nada salvo la política de partidos. El ministro que aplique a este país las experiencias satisfactorias de Alemania en organización social puede o no recibir apoyo en las elecciones, pero al menos habrá dejado un recuerdo de su Administración que el tiempo no borrará (...) Disponemos al menos de dos años. Tenemos las desdichas que este invierno está infligiendo a las clases más pobres [que] nos apoyan. Y, cosa extraña, la clase misma de legislación que se requiere es del tipo al que la Cámara de los Lores no se atreverá a oponerse. El gasto de menos de diez millones al año, no en beneficencia, sino en maquinaria y estímulos a la economía, haría de Inglaterra un país diferente para los pobres. Y creo que en cuanto la nación empiece a sentir el impulso de estos grandes planes, primero tendrá interés y después apoyará sólidamente al Gobierno. He aquí los pasos tal como yo los veo.

1. Bolsa de trabajo y seguro de desempleo.
2. Seguro de enfermedad nacional, etc.
3. Industrias estatales expansivas especiales, repoblación forestal, carreteras.
4. Ley de la pobreza modernizada, es decir, clasificación.
5. Unión de los ferrocarriles con el control estatal y garantía.
6. Educación obligatoria hasta los diecisiete años.

Creo que todas estas cosas pueden ser llevadas a cabo, y con éxito, y que no sólo beneficiarían al Estado sino que fortalecerían al partido. Es mucho mejor fracasar en tan nobles esfuerzos que perecer de lenta parálisis o ventosa agitación. Yo digo: introduce una gran rebanada de bismarckismo en toda la cara interior de nuestro sistema industrial y espera las consecuencias, sean cuales sean, con buena conciencia.” (JENKINS, R. *Churchill*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, pág. 175).

Gabinete dos medidas inextricablemente unidas entre sí, a saber, el establecimiento de una red de bolsas de trabajo y el seguro de desempleo. Para estos proyectos había reclutado a un joven William Beveridge. La primera de las propuestas prosperó sin problemas, mientras que el seguro de desempleo encontró mayores dificultades en el Gabinete, por lo que no se convirtió en ley hasta diciembre de 1911, cuando Churchill ya había abandonado el Ministerio de Comercio y, tras veinte meses como Ministro de Interior, era Primer Lord del Almirantazgo.

Dicho seguro cubría a un grupo considerable pero limitado de trabajadores, que ascendía a tres millones en las industrias que estaban más expuestas a la fluctuación cíclica: la construcción, la ingeniería y los astilleros, aunque con disposiciones para una futura posible extensión. Las prestaciones serían sufragadas mediante una deducción obligatoria de dos peniques a la semana del salario, más un penique semanal a cargo del empresario y otro penique a cargo del Tesoro³⁶.

Entre 1914 y 1920 Gran Bretaña no consiguió llevar adelante ninguna de las reformas sociales proyectadas porque se vio desbordada por el problema del desempleo. En el periodo de entreguerras el número de desempleados nunca bajó de un millón y llegó a superar la cifra de dos millones, mientras que en Francia, por ejemplo, nunca hubo más de 800.000 desempleados en los momentos peores, que además fueron más breves que en Gran Bretaña³⁷.

Durante la Primera Guerra Mundial se aprobó la Ley de Seguro Nacional, que amplió el seguro de desempleo a los trabajadores de las fábricas de armamento con objeto de pacificar este sector y conducirlos a aceptar una regulación laboral más estricta. Ello supuso añadir otro 1.100.000 trabajadores a la cobertura del seguro por desempleo³⁸.

La Ley de Desempleo de 1920, con cargo exclusivamente a la financiación por parte del gobierno, amplió la cobertura de desempleo a otros siete millones de trabajadores más con objeto de paliar transitoriamente la repercusión del retorno al mercado de trabajo de los soldados recién licenciados tras el fin de la Primera Guerra Mundial³⁹.

No obstante, el rápido y constante crecimiento del paro durante los años veinte obligó a aprobar una nueva ley en 1927, que abandonaba ya completamente los criterios actuariales, es decir, que prescindía de supeditar la prestación por desempleo a las cotizaciones previas. Ello se hizo como una medida desesperada para salvar a millones de británicos de la pobreza, de modo que el seguro de desempleo se había convertido en una ley de pobres y el gasto por esta prestación se cuadruplicó entre 1920 y 1936⁴⁰. Por esta razón la Ley de

³⁶ *Ibid.*, pág. 181.

³⁷ ASHFORD, D. E. *La aparición de los Estados de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 250.

³⁸ *Ibid.*, pág. 260.

³⁹ *Ibid.*, pág. 261.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 263 y 265.

Desempleo de 1934 introdujo un importante recorte que impedía a los no cotizantes percibir la prestación por desempleo sin límite de tiempo⁴¹.

Ya con posterioridad a la segunda guerra mundial⁴² se dio el paso a un sistema de Seguridad Social propiamente dicho, que tomó como base dos informes elaborados a petición del Gobierno por William Beveridge titulados *Social insurance and allied services* y *Full employment in a free society*. En el segundo informe se definía la Seguridad Social como conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan⁴³. Se estableció así un sistema de protección social mucho más ambicioso basado en la homogeneidad frente a la dispersión de los seguros sociales (unificación administrativa, unidad de cotizaciones, de prestaciones y de condiciones para el acceso a éstas), la generalización de la protección a todos los ciudadanos y no sólo a los trabajadores, y la cobertura de todas las necesidades pensables.

III.c. Estados Unidos

La teoría más común acerca del nacimiento de la Seguridad Social en Estados Unidos consiste en que este país era a principios del siglo XX el principal reducto del liberalismo económico y social, hasta que la crisis de 1929 estuvo a punto de provocar un colapso social debido precisamente a la inexistencia de mecanismos que pudieran amortiguar su impacto. Considero esta teoría sustancialmente acertada, aunque conviene realizar algunas matizaciones acerca de los cambios sociales que provocó la industrialización y que crearon el escenario para la debacle que tuvo lugar a raíz de la crisis de 1929.

Las situaciones de necesidad a que hace frente la Seguridad Social ya existían anteriormente, aunque en un contexto económico y social bien diferente. Se considera que en 1900 el 12 por ciento de la población en EEUU eran pobres. “Incluso las personas que se hallaban ligeramente por encima del um-

⁴¹ *Ibid.*, págs. 269 a 274.

⁴² En opinión de DENIS KESSLER, el sistema de Seguridad Social se implantó en ese preciso momento porque las dos contiendas mundiales tan seguidas y las fuertes migraciones habían diezmando en Gran Bretaña la población de jóvenes que en el seno de cada familia deberían haber atendido a las necesidades de los mayores, incapacitados, etc. de acuerdo con el relevo generacional que hasta entonces habían venido cubriendo en gran medida esas contingencias (KESSLER, D. *But why is there Social Security?*. En VV. AA. *Workers versus pensioners: intergenerational justice in an ageing world* (edited by PAUL JOHNSON, CRISTOPH CONRAD and DAVID THOMSON), Manchester University Press, Manchester, 1989, pág. 85).

⁴³ ALONSO OLEA, M. La Seguridad Social: presente, pasado y futuro. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 159.

bral de la pobreza establecido por Hunter debían luchar diariamente para mantenerse a flote. Las familias urbanas con tres hijos y unos ingresos de 500 a 800 dólares poseían pocos muebles y ninguna propiedad inmueble. Alquilaron apartamentos de dos o tres habitaciones sin calefacción o incluso sin agua corriente y sin retrete. Subsistían alimentándose de pan y patatas. La enfermedad o la pérdida del empleo acababan pronto con el dinero que habían podido ahorrar. No existía seguro de desempleo, prácticamente no había pensiones para la tercera edad [en aquel entonces sólo las percibían los veteranos de la guerra de secesión] y existía una deficiente asistencia pública. Si todo se venía abajo, la mayoría de los pobres sólo podía recurrir a los políticos y a la beneficencia locales o refugiarse durante la noche en la comisaría de policía”⁴⁴.

Las causas de la pobreza según los trabajadores sociales de la época eran la enfermedad, la incapacidad, el alcoholismo, la edad avanzada y la muerte del cabeza de familia, es decir, básicamente las situaciones de necesidad típicas que cubren todos los sistemas de Seguridad Social⁴⁵. El 12 por 100 de los hogares pobres lo integraban familias mantenidas por un miembro temporalmente incapacitado o enfermo mental, el 30 por 100 por viudos u hombres permanentemente incapacitados y el 6 por 100 por ancianos. Basándonos en el censo de 1900, 6,4 millones de trabajadores, o sea, el 22 por 100 de la fuerza de trabajo, estuvieron en paro durante algún tiempo en el curso de ese año. Cerca de 2,5 millones de esas personas –la mayoría sin cualificación– estaban en paro durante cinco o seis meses, y 780.000 de siete a doce meses. Ninguno de estos trabajadores recibía seguro de desempleo, algo que por entonces casi nadie recibía en América⁴⁶.

La medida que se adoptaba para hacer frente a las situaciones de necesidad descritas consistía en introducir prematuramente a los hijos al trabajo con objeto de sumar salarios y reducir la dependencia respecto del cabeza de familia. No obstante, la industrialización había traído una novedad social muy importante. En la era preindustrial agraria, el cabeza de familia retenía la titularidad de la tierra, que era el medio de producción y el activo máspreciado, lo que mantenía a sus hijos en casa con objeto de heredar la explotación. Sin embargo, esta situación desaparece con la industrialización, ya que en las ciudades los hijos podían desplazarse a otras ciudades en busca de trabajo y, por supuesto, cuando se casaban abandonaban el hogar familiar. Ello abocaba a que los ancianos solos complementaran sus ingresos ofreciendo habitación a

⁴⁴ PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América. 1900-1985*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, págs. 21 y 22.

⁴⁵ Resulta muy recomendable la lectura del testimonio directo de la situación de los trabajadores en EEUU a comienzos del siglo XX que nos ofrece UPTON SINCLAIR en *La jungla*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1985.

⁴⁶ PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 23.

obreros y, de este modo, en 1890 el 30 por ciento de los ancianos de más de 60 años tenían algún alojado en su casa para complementar sus ingresos⁴⁷.

No obstante, el panorama descrito requiere dos matizaciones. En primer lugar, la Industrialización no empobreció a los trabajadores en general, sino todo lo contrario. En 1890 la renta media de los norteamericanos de 30 años era de 800 dólares anuales y en 1917 era de casi 1.400. Y para los norteamericanos de más de 60 años en 1890 la renta media se situaba en torno a los 600 dólares anuales, mientras que en 1917 alcanzaba casi los 1000 dólares⁴⁸. Lo que sí es cierto es que la industrialización, por la razón antedicha, introdujo una tendencia dirigida a la pérdida de ingresos al llegar a la vejez, a lo que hay que sumar que los ancianos eran un grupo más vulnerable a las contingencias que podían causar la pérdida del salario, especialmente por motivos de salud. Los ancianos perdían fuerza y no podían competir con los trabajadores jóvenes y, aunque la introducción del maquinismo redujo los requerimientos físicos para trabajar, también trajo la necesidad de adaptarse a las innovaciones tecnológicas y métodos de producción como el taylorismo, basado en la división minuciosa del trabajo para aumentar la productividad. En definitiva, la presión sobre los trabajadores aumentó muchísimo. Como colofón, cuando se producían despidos, los ancianos tenían muchísima dificultad para reintegrarse al mercado laboral, por lo que la mayoría de las veces debían aceptar los trabajos peor pagados⁴⁹. No obstante, aunque su situación era comparativamente peor que la de los jóvenes, era mucho mejor que treinta años antes.

La segunda matización que conviene hacer es que la situación en el campo, especialmente en el sur, era mucho peor. Los malos tiempos que siguieron a 1860 perpetuaron una clase baja profundamente deprimida de braceros y labradores que en muy alta medida padecieron de anquilostomiasis, pelagra y desnutrición⁵⁰. En 1930 el 54 por 100 de las familias rurales, cerca de 17 millones de personas, ganaban menos de 1000 dólares anuales. Éstos eran los más pobres de entre los pobres de Estados Unidos⁵¹. Se inició así un proceso de emigración hacia las ciudades, donde en general mejoraba su situación.

La American Association for Labor Legislation, fundada en 1906, diseñó un seguro de desempleo que copiaba el sistema inglés de 1911, es decir, que estaba financiado por el empresario, el trabajador y el Tesoro. Incluso contenía la posibilidad de reembolsos a los empresarios que destacasen en el fomento y la conservación del empleo, lo que constituía una novedad respecto

⁴⁷ HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history*, Indiana University Press, Indianapolis, 1993, págs. 66 a 76.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 73.

⁴⁹ *Ibid.*, págs. 98 y 99.

⁵⁰ PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 26.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 35.

al sistema británico. Sin embargo, en 1930 ningún estado había decretado un plan de seguros contra el desempleo⁵². Las iniciativas sociales chocaban con la mentalidad americana, que seguía anclada en unos valores que ensalzaban el sacrificio y el esfuerzo, por un lado, y por otro lado chocaban con una organización política y administrativa descentralizada que dificultaba la puesta en práctica de medidas generales⁵³ y que, adicionalmente, promovía los valores del individualismo y el voluntarismo. La Massachusetts Special Commission on Unemployment, Unemployment Compensation, and the Minimum Wage proclamó en 1922 que “el seguro de desempleo da muestras de fomentar la pereza y la imprevisión... Para el trabajador estadounidense, independiente y laborioso, el seguro de desempleo parece tener poco atractivo”⁵⁴.

La crisis de 1929 cayó como un mazazo sobre la sociedad americana:

“The great depression of the early 1930’s had brought clearly to light the mounting human problems of dependent old age in an industrial, urban economy. The inherent security of life on the farm had become but a romantic memory for the majority of Americans. Dependence on the earnings of grown children was a partial substitute as long as those earnings continued. With widespread unemployment, even this substitute disappeared for many. With the lay-off of a working son, three generations of family faced increasing poverty. In the cities and industrial towns, there was need to pay rent and buy food and little chance for old people to find work. The loss of savings through bank failures and depreciated investments had reduced many self-reliant old people to dependence on relief”⁵⁵.

En 1934 el 20 por ciento de los hogares que vivían de la beneficencia carecía de algún miembro capaz de trabajar. Del resto, el 25 por ciento dependía de salarios por debajo de la cantidad requerida para la subsistencia, y los demás estaban encabezados por parados. De estos últimos, el 14 por ciento había perdido su empleo antes de la primavera de 1929. El desempleo aumentó de 1,6 millones en 1929 a 12,8 millones en 1933, es decir, el 25 por ciento de la fuerza de trabajo, lo que suponía que, por extensión a las familias, un tercio del total de la población estaba afectada por esta situación⁵⁶. A ello se sumaron otros factores coadyuvantes, como el envejecimiento de la

⁵² *Ibid.*, pág. 54.

⁵³ ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social* cit., pág. 76.

⁵⁴ PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 61.

⁵⁵ DOUGLAS BROWN, J. *An American philosophy of Social Security*, Princeton University Press, New Jersey, 1973, pág. 6.

⁵⁶ Incluso los que tenían trabajo percibían unos ingresos que apenas les alcanzaban para subsistir. La declaración del presidente Roosevelt en 1937 de que “un tercio de la nación malvivía, malvestía y malcomía” era muy conservadora, pues esa cifra bien podía llegar al 40 % por ciento de la población total (PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 71).

población, el colectivo más vulnerable a la recesión, con un aumento del número de personas de más de 65 años de un 4,6 por ciento en 1920 a un 6,9 por ciento en 1940; una crisis agraria provocada por el agotamiento de las tierras que motivó una emigración masiva magníficamente descrita por JOHN STEINBECK en *Las uvas de la ira*; y el aumento de la fuerza de trabajo con medio millón de personas más buscando empleo cada año en una economía en recesión incapaz de absorberlas⁵⁷.

Como consecuencia de ello se aprobó en 1935 a instancia del presidente Roosevelt la *Social Security Act*, la cual establecía una serie de subvenciones a los estados por parte del gobierno federal para sufragar ayudas a los ancianos, desempleo, maternidad e infancia, e invidentes. No obstante, su verdadera virtualidad se encontraba en que establecía una pensión de vejez para los mayores de 65 años, calculada porcentualmente en función del salario percibido en activo, y una indemnización de supervivencia, calculada en un 3 por cien de los salarios percibidos por el trabajador después del 31 de diciembre de 1936 o, en caso de ser pensionista de vejez, en la diferencia entre lo percibido en concepto de pensión y el módulo del 3 por cien de los salarios anteriormente señalado (*Old Age and Survivors Insurance*, convertido en 1957 en *Old Age, Survivors and Disability Insurance* cuando se extendió a la invalidez). Dicha ley sentó una estructura preventiva de otro desastre social como el de 1930.

III.d. España

El comienzo del siglo XX en nuestro país estuvo marcado por una profunda crisis social, económica y política que ya se venía arrastrando de atrás y que se agravó especialmente con el fin de la primera guerra mundial. En primer lugar, desde el punto de vista demográfico, la población española, aunque a un ritmo inferior al del resto de Europa, también experimentó un gran incremento. ORTEGA Y GASSET⁵⁸ cita un dato del economista Werner Sombart: desde el siglo VI hasta el año 1800 Europa alcanzó la cifra de población de 180 millones de habitantes, mientras que de 1800 a 1914 la población europea se incrementó hasta los 460 millones de habitantes. Es decir, en poco más de un siglo la población europea aumentó en dos veces y media. En España, la población pasó de 15.673.000 habitantes en 1860 a 18.617.956 en 1900⁵⁹. Esta población, al igual que en el resto de Europa, se orientó hacia las ciudades, adonde llegaban los campesinos expulsados de sus tierras y atraídos por

⁵⁷ *Ibid.*, págs. 69 a 72.

⁵⁸ ORTEGA Y GASSET, J. *La rebelión de las masas*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983, pág. 68.

⁵⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. La población española en las últimas décadas del siglo XIX. En VV. AA. *España entre dos siglos. XIX-XX* (director JOSÉ GIRÓN), Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 2000, pág. 207.

la demanda creciente de mano de obra en las industrias. No obstante, este proceso se produjo de modo mucho más débil en España. En 1877 el 86,5 por ciento de la población española vivía en el campo. En 1887 4.854.472 trabajadores desempeñaban sus funciones en la agricultura, ganadería e industrias derivadas, por 358.867 trabajadores de la industria, la minería y transportes. En 1900 las cifras muestran los avances de la industrialización, aunque España seguía siendo un país predominantemente agrícola, pues los trabajadores del campo habían disminuido a 4.558.251, mientras que los de la industria, minería y transporte habían aumentado a 1.120.235⁶⁰. En el censo de 1915, la población agraria se sitúa en el 48 por ciento, aunque las deficiencias del mismo permiten aventurar un porcentaje más próximo al 60 por ciento⁶¹.

En el campo pervivían unas estructuras arcaicas, con bajo rendimiento del suelo y poca productividad de los trabajadores, lo que se considera a menudo una de las causas del llamado fracaso de la Revolución Industrial en España⁶². La desamortización de Mendizábal no había conseguido crear una clase media agrícola, pues los campesinos no tenían medios para acceder a las subastas de tierras, por lo que siguieron manteniéndose los latifundios, pero ahora en manos de la burguesía urbana, lo que agravó aun más las condiciones de vida de los colonos⁶³. La segunda desamortización en 1855 empeoró la situación, pues incluyó también los bienes municipales, lo que privó a los campesinos pobres de amplios terrenos para pastos, caza, leña y carboneo. Las inversiones para mejorar la productividad agraria no se llevaban a cabo porque el latifundista prefería el cultivo extensivo dados los bajos precios de la mano de obra. De este modo, la producción agrícola aumentaba a base de incrementar la superficie cultivada, pero no aumentaba el rendimiento por hectárea⁶⁴. En 1868 se había llegado al límite de roturación de tierras dentro de las posibilidades técnicas y estructurales de la época y el desempleo comienza a manifestarse dramáticamente entre los trabajadores del campo. Respecto a las condiciones de trabajo, entre los obreros agrícolas las jornadas “de sol a sol” eran muy corrientes; por otra parte, en épocas de recolección la retribución solía calcularse a destajo, lo que implicaba un estricto cumplimiento de esa jornada prolongada. Pero también nos encontramos en Andalucía con

⁶⁰ TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España*, Sarpe, Madrid, 1985, vol. I, págs. 225 y 263. Similares cifras maneja PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, pág. 6.

⁶¹ TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. II, pág. 5.

⁶² *Ibid.*, vol. I, pág. 45. En idénticos términos PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 8.

⁶³ TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, pág. 46.

⁶⁴ *Ibid.*, vol. I, págs. 102 y 103.

jornadas de doce horas en el campo (de once o doce en Carmona); los vinitores de Jerez tenían jornada de trece horas. Los jornaleros de Córdoba, catorce en verano y doce en invierno⁶⁵. Si las condiciones de trabajo en las fábricas son peores que en otros países más industrializados, la vida de los jornaleros y de los pequeños campesinos se caracteriza por su extrema pobreza. “A los jornaleros de las explotaciones latifundistas más prósperas de ciertas zonas de Andalucía –ligadas a la viticultura y, en segundo término, en orden de importancia, a la producción de aceite– no les habrían de sublevar tan sólo las malas condiciones de trabajo a las que se veían sometidos y su ínfimo nivel de vida, sino la miseria y el expolio que percibían en su entorno, de los que se hacía responsable al gran terrateniente”⁶⁶.

La consecuencia de esta dramática situación fue una oleada de explosiones revolucionarias en Castilla, pero sobre todo en Andalucía. La característica fundamental de las mismas es que no pretendían negociar mejores condiciones de trabajo, pues carecían de la más mínima organización sindical, sino que tenían carácter subversivo, orientándose fundamentalmente a reclamar la propiedad de las tierras. Por esa misma razón, las revueltas campesinas fueron reprimidas sin miramientos⁶⁷.

En la ciudad no puede decirse que las cosas estuvieran mucho mejor. Las condiciones de trabajo, vivienda, sanidad, etc., eran pésimas. Las jornadas eran de doce y más horas, con el descanso de los lunes. La falta de precauciones tomadas por los patronos era causa de accidentes tan numerosos como graves. Con frecuencia los obreros y obreras, menores de edad, tenían que sufrir amputaciones de dedos e incluso brazos⁶⁸. Las clases trabajadoras vivían en unas condiciones miserables: bajos salarios, déficit casi permanente de los presupuestos obreros –lo que obligaba a recurrir al préstamo usurario–, un trabajo inseguro las más de las veces y realizado sin las más mínimas condiciones de seguridad e higiene, lo que se traducirá en deformaciones físicas y en enfermedades profesionales y en frecuentes accidentes de trabajo. Añádanse las pésimas condiciones en que se desarrollaba la vida cotidiana de los trabajadores, hacinados en barrios carentes de higiene y sin los necesarios servicios de suministro de agua, de alcantarillado y de limpieza, con mercados

⁶⁵ *Ibid.*, vol. I, pág. 173.

⁶⁶ PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 9.

⁶⁷ “El carácter de motín popular se observa, por ejemplo, en El Arahal, donde los sublevados, según Guichot, incendiaron los archivos municipales y notariales; la tendencia a incendiar los registros y documentos de la propiedad territorial es característica de las explosiones campesinas. Treinta y cinco de los sublevados fueron juzgados por un consejo de guerra y pasados por las armas. Otra partida que fue sorprendida por la Carolina, en el mismo verano, sufrió análoga suerte”. (TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, págs. 142 a 145. *Vid.* también págs. 209 a 210).

⁶⁸ *Ibid.*, vol. I, pág. 53.

carentes de instalaciones adecuadas y en los que la adulteración de los alimentos era un hecho normal y, como consecuencia de todo ello, una mortalidad que casi duplicará a la de las clases acomodadas⁶⁹.

A medida que va avanzando el siglo XIX y durante el siglo XX, esta situación se va agravando. En primer lugar, las sucesivas crisis económicas provocan que muchos artesanos se vean privados de su medio de vida y pasen a engrosar la masa de trabajadores. En segundo lugar, comienza un éxodo masivo de trabajadores del campo hacia la ciudad⁷⁰. Ya vimos algunas cifras anteriormente, pero es aun más ilustrativo observar el crecimiento de las ciudades: en 1857 Madrid tenía 281.170 habitantes, Barcelona 183.787, Sevilla 112.529, Valencia 112.529 y Bilbao apenas llega a 18.000; en 1900 Madrid tiene 593.000 habitantes, Barcelona 580.000, Sevilla 157.000, Valencia 231.000 y Bilbao 92.400. En 1920 Madrid ya alcanza los 750.896 habitantes, Barcelona los 710.335, Sevilla los 200.000 y Valencia los 250.000⁷¹. Se aprecia claramente el crecimiento exponencial de los núcleos urbanos con mayor peso industrial.

La debilidad de la expansión industrial española dificultaba la absorción de estos trabajadores desplazados, lo que provocó que quedaran condenados al subempleo, cuando no directamente al desempleo⁷². En los núcleos industriales, los inmigrados y parados o subempleados de los barrios periféricos constituyen un importante foco de marginación social⁷³. La conflictividad social urbana española durante la segunda mitad del siglo XIX y primer tercio del siglo XX es sobradamente conocida y no es necesario por tanto detenerse más en ella.

El desarraigo de estos trabajadores, la ruptura con el sistema de vida y valores tradicional, y el alejamiento de la Iglesia, alineada con la burguesía urbana, fueron los factores que, entre otros, permitieron que las ideas socialistas y anarquistas calaran en el proletariado español a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Se intentaron medidas represoras, como las vistas en las revueltas campesinas. En 1845 las Cortes promulgan una Ley de Vagos y en 1849 el Código Penal tipifica en su articulado la vagancia como delito, siendo reformado nuevamente en 1868 para identificar al parado con el vago⁷⁴.

⁶⁹ MORALES MOYA, A. y DE LUIS MARTÍN, F. La sociedad de la Restauración (1875-1902). En VV. AA. *España entre dos siglos. XIX-XX* (Director JOSÉ GIRÓN), Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 2000, pág. 226.

⁷⁰ BAHAMONDE MAGRO, A. y TORO MÉRIDA, J. *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX*. Siglo veintiuno editores, S.A., Madrid, 1978, pág. 42.

⁷¹ TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, págs. 99 y 317, y vol. II, pág. 169.

⁷² *Ibid.*, vol. I, pág. 117, y BAHAMONDE MAGRO, A. y TORO MÉRIDA, J. *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX* cit., pág. 43.

⁷³ PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 9.

⁷⁴ BAHAMONDE MAGRO, A. y TORO MÉRIDA, J. *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX* cit., págs. 45 y 57.

Sin embargo, también se inician otras líneas reformistas: coincidente con el continuo incremento demográfico de Madrid, se publican cada vez más asiduamente artículos y editoriales en la prensa, memorias y libros sobre los fines que ha de cumplir la beneficencia y la necesidad de su desarrollo, para que actúe como dique de contención de la inestabilidad social. Conclusión que aparece envuelta en un ropaje doctrinal religioso: el deber del cristiano de fomentar la caridad evangélica⁷⁵. En 1888 el diario conservador *La Época* decía que “con cargas de caballería y con descargas se podrá prender, herir o matar, pero no se resuelve el problema”⁷⁶.

En el discurso de Cánovas del Castillo el 6 de noviembre de 1889 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid ya se adelantaba que era necesario que las clases trabajadoras se beneficiasen de la riqueza generada por el progreso industrial como medio de atajar la creciente desestabilización social⁷⁷,

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 46.

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 161.

⁷⁷ El texto literal del discurso era este: “Para mí los tiempos llegan en que un régimen político sea estimado, sobre todo, por la aptitud que posea para mantener en orden al trabajo y al capital, contribuyendo hasta donde quepa a su concierto necesario. Todos los Gobiernos rinden algún tributo ya, aunque en mayor o menor cuantía, al socialismo de Estado, bien que ninguno haya adelantado sus pasos tanto en esta senda como el alemán. Pero lo más grave es hoy, bien lo sabéis, que la Iglesia Católica en la propia Alemania, en Inglaterra, en Francia, y más que en ninguna parte en los Estados Unidos, rechaza, a título de una de sus principales leyes, la caridad, los excesos de la concurrencia o de la lucha por la vida en la regulación del trabajo. El Papa mismo ha declarado no ha mucho que es lícita la existencia de la formidable asociación titulada de los *Caballeros del Trabajo* en los Estados Unidos, con tal que respete la propiedad individual, y que no incurra en los extravíos del socialismo revolucionario. Por tales caminos ya la mayor fuerza moral que posea el mundo, reparad también que la fuerza materia más triunfante en el mismo y más gloriosa, se ha dejado persuadir del socialismo de la cátedra, del llamado inexactamente *socialismo católico*, del socialismo conservador, y hasta de la nueva economía política realista, conformes ya en una cosa, a saber: que las leyes matemáticas de la producción y la demanda ni se deben ni se pueden aplicar a los hombres. No discuto aquí expongo; no pretendo establecer, según dije ha poco, sino que el Estado del porvenir ha de estar influido, antes que por nada, por el hecho novísimo de que sobre los antiguos problemas políticos claramente prepondera el problema social. El más simple planteamiento de este problema difícilísimo, obligaría prescindir de gobiernos que no sean capaces de pasar irresistiblemente a un tiempo sobre las minorías propietarias o capitalistas, y sobre las mayorías trabajadoras y proletarias, con el fin de que ni las primeras aprovechen las ventajas todas de la concurrencia, ni extiendan las segundas su estricto derecho a vivir trabajando. Si carecen las democracias de organismos proporcionados a la misión primera del Estado, si no aciertan a sobreponerse a los más, cuando haga falta, a pesar de su dependencia absoluta del número, poca duda será permitida respecto a los riesgos que correr en sus manos el orden social. No olviden las democracias individualistas, enemigos feroces del socialismo a las veces, que está éste dentro precisamente de su propia naturaleza, porque el poder igual de todos, aunque sea un imposible práctico, pide que las consecuencias sociales para todos sean iguales también?” (VELARDE FUERTES, J. Reflexión sobre dos circunstancias inseguras: la Seguridad Social Española en 1900 y en el 2000. El entorno económico de Dato y de Pimentel. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 400).

y en similares términos también Antonio Maura hablaba de “la necesidad de efectuar la revolución desde arriba, para evitar que otros (el proletario) la hagan desde abajo”⁷⁸.

Por Real Decreto de 23 de abril de 1903⁷⁹ se crea el Instituto de Reformas Sociales, cuyos objetivos fundamentales eran “estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo”, así como preparar la legislación del trabajo; cuidar de la ejecución de la legislación a través, fundamentalmente, de los servicios de inspección y de estadística; y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras mediante el asesoramiento, el estudio y la mediación para prevenir y conciliar conflictos⁸⁰.

Esta sensibilidad hacia la llamada “cuestión social” se reflejó en muchos otros textos legales. Por ejemplo es significativa la aprobación del Real Decreto de 18 de marzo de 1919⁸¹, relativo al seguro de paro forzoso, cuya cuidada Exposición de Motivos anticipaba cómo las clases trabajadoras son “las que sufren las consecuencias económicas de las transformaciones que va experimentando la organización social con el tránsito de la paz a la guerra y de la guerra a la paz, más los que traen las transformaciones monetarias que aquellos enormes gastos produjeron” [se refiere al final de la Primera Guerra Mundial, que provocó una grave crisis de empleo en España]. Por esa razón, el Real Decreto de 1919 abordaba un sistema de protección contra el paro después de reconocer la vital importancia del pleno empleo para la convivencia ordenada, señalando que “la prosperidad de una Nación y el que en ella pueda imperar el derecho y el orden, depende, en primer término, del número de los sin trabajo”⁸².

Del mismo modo, la Real Orden de 5 de marzo de 1919, relativa a las sociedades de Socorros Mutuos para obreros que trabajasen en fábricas de material de guerra a cargo del cuerpo de artillería, reconocía abiertamente en su exposición de motivos “el malestar que se refleja en el proletariado”, ante el cual se movilizaba la acción reformista del gobierno⁸³.

⁷⁸ PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 19.

⁷⁹ Gaceta de Madrid de 30 de abril de 1903.

⁸⁰ PALACIO MORENA, J. I. *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924): la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales* cit., pág. 139.

⁸¹ Gaceta de Madrid de 19 de marzo de 1919.

⁸² MONTÓYA MELGAR, A. La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica. En *Revista de Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976, n^{os} 54-55, pág. 15. No obstante, el seguro de paro forzoso no se trataba de un seguro social: otorgaba un subsidio no superior al 60 por ciento del salario y por tiempo no superior a noventa días al año. Era gestionado por las sociedades mutuas obreras y financiado por mitad a través de las primas recaudadas por aquellas y a través de subvenciones estatales.

⁸³ *Ibid.*, pág. 13.

Normalmente suele citarse la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900⁸⁴ (LAT en adelante) como la primera norma de Seguridad Social en España, con lo cual no puedo estar de acuerdo, toda vez que la misma sólo instituyó la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes sufridos por los trabajadores a su servicio, es decir, que era una norma de responsabilidad contractual. Y ni siquiera en esto fue la primera, ya que catorce años antes el Real Decreto de 11 de junio de 1886⁸⁵, sobre condiciones generales en la contratación de las obras públicas, exigió a los contratistas asegurar a sus operarios frente a los riesgos de sufrir accidentes de trabajo, siempre que éstos no fueran debidos a “ignorancia, negligencia o temeridad”⁸⁶.

No obstante, la LAT tuvo el mérito de que por primera vez supuso el reconocimiento del accidente de trabajo como un riesgo social, el cual sigue siendo un concepto central después de más de cien años en nuestro sistema de Seguridad Social⁸⁷. Antiguamente, en el sistema de producción preindustrial, los accidentes de trabajo ni siquiera habían nacido como concepto porque tampoco tenían una importancia grande como realidad social. Lo típico precisamente de la Revolución Industrial es la incidencia generalizada del accidente de trabajo sobre la población trabajadora: esto es lo que convierte al accidente de trabajo en un “riesgo social”. Las razones son bien conocidas: la novedad de los ingenios productivos, la inexperiencia de los trabajadores precisamente con esas nuevas máquinas de vapor, la falta de medidas de seguridad, el agotamiento por las largas jornadas que hacían, por consiguiente, perder la atención, etc.⁸⁸.

Ahora bien, en España no puede hablarse en propiedad de protección social en materia de accidentes de trabajo hasta la Ley de Bases de 4 de julio de

⁸⁴ Gaceta de Madrid de 31 de enero de 1900, número 31.

⁸⁵ Gaceta de Madrid de 14 de junio de 1886.

⁸⁶ DE LA VILLA GIL, L. E. La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 4.

⁸⁷ ÁLVAREZ PATALLO, J. A. Guía básica para los cambios de contingencia en la prestación de incapacidad temporal. En *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, vol. 52/1, pág. 51.

⁸⁸ ALARCÓN CARACUEL, M. R. Los orígenes de la Seguridad Social en España. En VV. AA. *Seguridad Social, una perspectiva histórica*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 23. “Desde 1828 se habían dictado medidas de seguridad harto insuficientes (cubrir las máquinas con un cajón de madera, de madera, luego ponerles tapas con candado, etc., pero ello no evitaba los accidentes en funcionamiento). Los fabricantes incumplían también las disposiciones que prohibían el trabajo en las máquinas *Diablo* de muchachas de menos de veinte años; el hospital de Barcelona comunicaba el ingreso de niños de ocho y diez años heridos por esas máquinas destinadas a la preparación del algodón” (TUÑÓN DE LARA, M. *El movimiento obrero en la historia de España* cit., vol. I, pág. 54).

1932⁸⁹, que es cuando se impone el aseguramiento obligatorio de los mismos. Aunque la financiación de dicho seguro va a seguir recayendo en los empresarios, se pasa de una concepción iusprivatista (que nunca ha llegado a perder del todo), en que el asegurado es el empresario⁹⁰, a una concepción social, en la que el asegurado es el trabajador. Así lo establecía la base 2ª de la Ley, que señalaba que “todo obrero de tales empresas es considerado de derecho asegurado, aunque no lo estuviera su patrono. En el caso de que éste no indemnizare al obrero o a sus derechohabientes en el plazo que se señale, la indemnización será abonada con cargo al Fondo de Garantía”. Se trata en definitiva de los principios de alta presunta o de pleno derecho y de automaticidad en las prestaciones, presentes hoy en día en los arts. 125.3 y 126 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LGSS). Así, el primero de dichos preceptos establece que “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral”. Y el art. 126 señala lo siguiente:

“1. Cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 124 de la presente ley, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes.

2. El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente,

⁸⁹ Plasmada en el Decreto-Ley de 8 de octubre de 1932 (Gaceta de Madrid de 12 de octubre de 1932), ambos como consecuencia de la ratificación por España del Convenio n°17 de la OIT.

⁹⁰ La STS de 15-12-2003 (Rec. N°12/2003) afirma que “mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que ésta se produce”.

con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios”.

La propia subsistencia actual de la mecánica del aseguramiento prevista en la Ley de 1932 es buena muestra de que ahí se encontraba el verdadero embrión de la Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo. Por último, dicha Ley contenía una segunda innovación en materia de establecimiento de un sistema de seguros sociales, cual es que la base 8ª creaba la Caja Nacional de Seguro contra accidentes de trabajo en el seno del Instituto Nacional de Previsión, organismo destinado a atraer hacia sí la gestión de dicho aseguramiento⁹¹.

Paralelamente a este proceso se había ido estableciendo un conjunto de seguros sociales siguiendo el modelo alemán. La Ley de 27 de febrero de 1908⁹² creó el Instituto Nacional de Previsión, con objeto de “difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro”. El Real Decreto de 29 de julio de 1917 convocaba en Madrid la celebración de una Conferencia sobre Seguros Sociales que contribuyó a difundir en España la legislación europea sobre la materia. El Real Decreto-Ley de 11 de marzo de 1919⁹³ instituyó el primer seguro social obligatorio en España para la protección de la vejez (el Retiro Obrero). Este seguro obligaba al empresario a abrir a favor de cada obrero que emplease una libreta de ahorro e ingresar en la misma una cuota periódicamente con objeto de constituir un capital que asegurase en el futuro el pago de una pensión de retiro. Por Real Decreto de 14 de octubre de 1919⁹⁴ se creó el seguro obligatorio de accidentes del mar, y por Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1929⁹⁵ se instauró el seguro de maternidad⁹⁶. En los primeros treinta años del siglo XX se establecieron en España los pilares del sistema de seguros sociales, que a su vez habría de dar paso al sistema de Seguridad Social en la segunda mitad del siglo.

La protección social de los trabajadores del campo merece especial consideración en el caso español, pues ya vimos que empleaba una gran masa de trabajadores por cuenta ajena, en unas condiciones de vida deplorables y sometidos a unas estructuras totalmente arcaicas. El Real Decreto de 5-12-1883⁹⁷ creó la Comisión de Reformas Sociales “con objeto de estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las cla-

⁹¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R. Los órdenes de la Seguridad Social en España cit., pág. 33.

⁹² Gaceta de Madrid de 29 de febrero y 1 de marzo de 1908, números 60 y 61.

⁹³ Gaceta de Madrid de 12 de marzo de 1919.

⁹⁴ Gaceta de Madrid de 21 de octubre de 1919.

⁹⁵ Gaceta de Madrid de 24 de marzo de 1930.

⁹⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J. La etapa de previsión social en España. En VV. AA. *Seguridad Social, una perspectiva histórica*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 45 a 51.

⁹⁷ Gaceta de Madrid de 10 de diciembre de 1883.

ses obreras, tanto agrícolas como industriales” siendo la primera norma social española que citó a los trabajadores agrícolas. La LAT también incluyó en su art. 3.7 dentro del ámbito de la responsabilidad patronal objetiva “las faenas agrícolas y forestales donde se hace uso de algún motor que accione por medio de una fuerza distinta a la del hombre”. Tal como vimos en su momento, la escasa mecanización del campo español dejaba escaso margen de aplicación a la LAT, quedando los agricultores desamparados respecto de las verdaderas amenazas a su salud, tales como las inclemencias meteorológicas, las interminables jornadas de trabajo, los esfuerzos físicos, el contagio de enfermedades por el ganado, etc.⁹⁸

El Real Decreto de 11-3-1919, sobre régimen de intensificación del retiro obrero, excluía transitoriamente a los trabajadores agrícolas de su ámbito (Base transitoria primera), pero el Real Decreto de 21-1-1921⁹⁹, que estableció el reglamento general del régimen obligatorio de retiro obrero, ya incluyó en su art. 4 a los trabajadores agrícolas. No obstante, este seguro social tuvo escasa aplicación entre los trabajadores del campo debido a la resistencia de los patronos para su aplicación, alegando dificultades de afiliación, cotización, etc. Hay que traer a colación una vez más las estructuras arcaicas que regían en el campo español hasta bien entrado el siglo XX, y que ya analizamos en su momento.

El Real Decreto de 12-6-1919¹⁰⁰ constituyó bolsas de trabajo en las Cámaras Agrícolas para tratar de luchar contra el desempleo y en su art. 11 autorizaba a las bolsas de trabajo a organizar instituciones de socorro mutuo frente al paro que podían acogerse a los beneficios instituidos por el Real Decreto de 18-3-1919, de seguro de paro forzoso.

El Real Decreto de 21-8-1923¹⁰¹ estableció un régimen de subsidio tutelar para la obrera que dé a luz con el fin de “costear la asistencia adecuada en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y del hijo durante un mínimo de reposo obligatorio que después del parto proteja la salud” (art. 3). Esta norma incluía a las mujeres empleadas en faenas agrícolas, si bien tuvo escasa aplicación porque para acceder a los beneficios que regulaba era necesario que la trabajadora estuviera afiliada al Retiro Obrero, el cual, como ya hemos visto, alcanzó escasa implantación en el campo. No obstante, el Real Decreto de 29-1-1930¹⁰² que desarrolló el seguro obligatorio de maternidad incluía en su art. 3.1 a las trabajadoras agrícolas dentro de su ámbito de protección¹⁰³.

⁹⁸ HIERRO HIERRO, F. J. *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, 2005, págs. 37 a 42.

⁹⁹ Gaceta de Madrid de 23 de enero de 1921.

¹⁰⁰ Gaceta de Madrid de 13 de junio de 1919.

¹⁰¹ Gaceta de Madrid de 23 de agosto de 1923.

¹⁰² Gaceta de Madrid de 1 de febrero de 1930.

¹⁰³ HIERRO HIERRO, F. J. *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social* cit., págs. 46 a 53.

La Ley de Accidentes de Trabajo en la Agricultura y su Reglamento de 25-8-1931¹⁰⁴ establecían la obligación de los patronos de contratar un seguro o asociarse a una Mutua para cubrir su responsabilidad por los accidentes que sufriesen los trabajadores agrícolas a su servicio, si bien no contemplaba el principio de automaticidad en caso de falta de aseguramiento que sí se recogía en la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1932.

Por consiguiente, se puede apreciar que se intentó aplicar el sistema de previsión social a los trabajadores agrícolas a la vez que a los trabajadores industriales, si bien la buena intención legislativa quedó frenada siempre por las estructuras arcaicas del campo español, donde se mantenía un sistema de trabajo escasamente mecanizado y basado en la explotación de los trabajadores por parte de los terratenientes latifundistas, que conservaban una enorme influencia política impermeable a cualquier intento reformista. Ello explica por qué las revueltas en el campo eran mucho más violentas que en las ciudades, si bien no estaban organizadas sindicalmente, y lo que pretendían fundamentalmente era el reparto de tierras para que los campesinos pudieran salir de su situación de explotación. Ello explica igualmente por qué esas sublevaciones eran reprimidas violentamente sin contemplaciones. Y precisamente esa situación, prolongada hasta bien entrado el siglo XX, se menciona a menudo como una de las causas de la guerra civil de 1936¹⁰⁵. Ello explica también, finalmente, por qué nada más terminar la guerra civil se procedió a aprobar la ampliación del régimen de seguros sociales a la agricultura mediante la promulgación de la Ley de 10 de febrero de 1943¹⁰⁶, creadora del “Régimen especial de los seguros sociales en la agricultura”¹⁰⁷.

No obstante, al anterior factor de arcaísmo en el campo español hay que añadir otros factores coadyuvantes para explicar su retraso en la aplicación de las medidas de previsión social, como el mimetismo con el resto de Europa, que centró sus medidas de protección social en la industria porque no tenían el problema agrario tan severo que existía en España¹⁰⁸; la tendencia hacia una creciente urbanización de los centros de poder, que magnifica los pro-

¹⁰⁴ Gaceta de Madrid de 30 de agosto de 1931.

¹⁰⁵ PRESTON, P. *La guerra civil española*, Plaza y Janés, Barcelona, 2000, págs. 20 a 22. Aunque mucho más meritorio fue el pronóstico realizado exactamente cien años antes de la guerra civil por FLÓREZ ESTRADA, al criticar la venta en pública subasta de los bienes objeto de la desamortización de Mendizábal. El economista asturiano defendió que el Estado conservase la propiedad de los bienes desamortizados y los entregase en arrendamiento a los campesinos con objeto de sacar a éstos de la miseria y procurar una solución definitiva a los conflictos sociales (VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. Retrato de un liberal de izquierda: Ávaro Flórez Estrada. En *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, KRK Ediciones, Oviedo, 2006, págs. 302-313).

¹⁰⁶ BOE de 2 de marzo de 1943, número 61.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ GIRÓN, J. La etapa de previsión social en España cit., pág. 57.

¹⁰⁸ MARTÍN VALVERDE, A. La formación del Derecho del Trabajo en España. cit., pág. CXIII.

blemas de las ciudades, al sentirlos como más próximos, y por el contrario desprecia los rurales¹⁰⁹; y, por último, la escasa organización sindical de los trabajadores agrícolas, que dificultaba la estructuración y canalización de sus reivindicaciones¹¹⁰.

IV. LA IMPORTANCIA DE LAS IDEAS EN EL NACIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En la época en que nació la Seguridad Social predominaba el ideario liberal, que propugnaba el abstencionismo del Estado a favor de la libre contratación de las partes¹¹¹, lo que tuvo una notable trascendencia sobre esa situación económica e industrial generada por la Revolución Industrial. La cuestión obrera es producida por la expansión del modo de producir capitalista, que multiplicó considerablemente las formas de trabajo libre asalariado, en condiciones, además, leoninas y opresivas para la clase proletaria. En el contrato libre de trabajo, donde la igualdad civil impedía al empresario toda dominación de tipo jurídico, imperaba, sin embargo, una gran desigualdad de hecho que engendraba un auténtico poder económico del mismo; y en méritos de él se imponían onerosas e infrahumanas condiciones laborales, que habían de ser aceptadas por la parte más débil¹¹². Desde el punto de vista del predominio infraestructural, el desarrollo acelerado de la técnica y la superpoblación estaban empujando un proceso de desarrollo económico e industrial vertiginoso y la estructura y la superestructura se adaptaban a dicho proceso. El Derecho, por tanto, sancionaba la situación y coadyuvaba a su impulso, pues la industria necesitaba abundante mano de obra y eso requería que los ciudadanos fuesen libres para emigrar a la ciudad y suscribir un contrato de trabajo. Aunque no comparto la ingenuidad de REHBINDER en sus plantea-

¹⁰⁹ LÓPEZ PÉREZ, P. M. Mundo rural y subsidio agrario. En VV. AA. *El campo andaluz y extremeño: la protección social agraria* (director JOSÉ MANUEL CANSINO MUÑOZ-REPISO), Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, pág. 156.

¹¹⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, J. *Trabajadores agrícolas y seguridad social agraria*, IBIDEM Ediciones, Madrid, 1996, pág. 35.

¹¹¹ JOHN STUART MILL definía el principio fundamental del liberalismo de la siguiente manera: “el único fin que justifica que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la protección del propio género humano. Porque la única finalidad por la que el poder puede ser ejercido, con todas las de la ley, sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, estriba en evitar que perjudique a los demás, pues su propio bien, físico o moral, no basta como justificación. Nadie puede ser obligado por ley a realizar o no determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque lo hiciera más feliz, o porque, en opinión de los demás, resultase más prudente o justo actuar de esa manera” (MILL, J. S. *Sobre la libertad*, EDAF, Madrid, 2004, pág. 52).

¹¹² PERPIÑA RODRÍGUEZ, A. *Filosofía de la Seguridad Social. Ontología de la previsión actual*, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1952, pág. 77.

mientos acerca del proceso de evolución del Estado liberal abstencionista hacia el Estado social, sí que me parece muy acertada su descripción de la situación jurídico-social de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Concretamente, afirma que “este modelo antiguo-liberal fue, al mismo tiempo, resultado y motor de la Revolución Industrial (...) La igualdad burguesa ante el Derecho y la libertad jurídica, por consiguiente, han protegido y fomentado el progreso científico y técnico, especialmente en su aplicación práctica a la economía”¹¹³. Añade asimismo que “si una sociedad industrial se encuentra en construcción, el progreso económico y técnico determina la evolución jurídica, de tal modo que el Derecho considera su tarea capital el sancionar el camino del progreso”¹¹⁴.

El problema aparece cuando la inmensa riqueza generada por el sistema capitalista a partir de la Revolución Industrial no se reparte igualitariamente, de modo que no alcanza a la mayoría de la población. Esa mayoría se halla concentrada en las ciudades, desarraigada y dependiendo exclusivamente del salario para sobrevivir, circunstancias éstas novedosas y que suponen una diferencia importantísima respecto a otras situaciones precedentes de explotación que pudieron darse respecto a los campesinos en la Edad Media, por ejemplo¹¹⁵. Y éste fue el peligro inminente que vislumbraron los gobernantes a finales del siglo XIX y principios del XX.

Como ya hemos visto, el materialismo cultural no desprecia la importancia de las ideas como coadyuvantes en la evolución histórica y, en el caso que nos ocupa, las ideas tuvieron una importancia muy grande como desencadenante de los cambios jurídicos que habrían de introducirse entre los siglos XIX y XX.

Se han señalado diversos autores que fueron pioneros en defender la protección por el Estado de los más desfavorecidos económicamente. VENTURI cita la idea de un sistema de previsión social obligatorio anticipada por Condorcet en 1793, por Acland en 1786 y por Townsend en 1787¹¹⁶. No obstante, debemos aclarar que, antes que todos ellos, fue el español Luis Vives quien defendió que fuera la sociedad civil quien se ocupase de los más pobres, con el mérito añadido de que lo hizo en 1526, cuando era ésta una cuestión de caridad, es decir, competencia exclusivamente de la Iglesia. La pobreza, que era un problema escatológico y religioso en la mentalidad medieval, se convierte en Vives en social, político y económico. Los males de los pobres no son sólo individuales, sino públicos y sociales. El objetivo es solucionar el problema

¹¹³ REHBINDER, M. *Sociología del Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, pág. 140.

¹¹⁴ *Ibid.*, pág. 141.

¹¹⁵ “Freedom to work so that the bosses can get rich... Opportunity to starve to death if you get fired from your job”(Así de gráficamente lo describió JOHN DOS PASSOS en *The 42nd parallel*, Mariner Books, New York, 2000, pág. 322).

¹¹⁶ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., págs. 103 y 104.

de la convivencia en la tierra y en la sociedad. De aquí que la mirada de Vives se vuelva, no hacia la Iglesia, sino hacia el senado, el consulado y el ayuntamiento de las ciudades: por eso fija su atención en el bien de la república civil¹¹⁷.

También se ha mencionado a Hobbes y Hegel como defensores de que el soberano o la sociedad civil respectivamente provean a los individuos incapaces para mantenerse a sí mismos¹¹⁸. El primero afirmaba lo siguiente:

“Y dado que muchos hombres, por accidente inevitable, quedan incapaces de mantenerse por medio de su trabajo, no debieran ser abandonados a la caridad de personas particulares, sino ser cuidados (en la medida en que lo requieran las necesidades naturales) por las leyes de la República, pues así como es en cualquier hombre falta de caridad negligir al impotente, también lo es, en el soberano de una República, exponerle al azar de caridad tan incierta.”¹¹⁹

Verdaderamente interesante es el planteamiento filosófico de HEGEL. La cosmogonía de este genial pensador gira en torno a la idea, que es la realización empírica del concepto. En su filosofía del Derecho el concepto es la voluntad o la libertad, pues ambas van indisolublemente unidas como el peso a la materia, de modo que una voluntad que no sea libre no es propiamente voluntad. De este modo, distingue tres momentos en el desarrollo de las ideas, a saber: el Derecho abstracto o formal, la moralidad y la eticidad. En el primero la idea es la propiedad, que es la realización empírica de la libre voluntad. Por tanto, se trataba de un pensamiento claramente liberal, pues HEGEL defendía que todos tienen derecho a la propiedad, lo que no significa que todos deban tener lo mismo. El segundo momento sería la moralidad, en que la idea es la subjetividad, es decir, que la voluntad libre se realiza en lo subjetivo frente a lo universal. El Estado nunca debe penetrar en la moralidad, pues las convicciones subjetivas de cada uno son libres. Ahora bien, en caso de conflicto entre la moral subjetiva y el Derecho del Estado, el ciudadano debe cumplir con éste, pues sólo dentro del Estado puede realizarse la libertad, ya que la inexistencia del Estado significaría la no-libertad. Sólo en casos de corrupción generalizada, puede el individuo apartarse del Derecho y retornar a su moral subjetiva, si bien con el deber de hacerlo para generar nuevamente un Derecho justo. El tercer momento sería el de la eticidad, en que la libertad se eleva por encima de la opinión y del agrado subjetivos para crear las leyes

¹¹⁷ CARASA SOTO, P. Juan Luis Vives y la reforma social. Estudio preliminar en JUAN LUIS VIVES. *Tratado del socorro de los pobres*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 76.

¹¹⁸ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 27.

¹¹⁹ HOBBS, T. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Editora Nacional, Madrid, 1979, pág. 417.

y las instituciones. Aquí es donde encontramos el fundamento filosófico de la Seguridad Social:

“En el sistema de las necesidades vitales la subsistencia y el bienestar de cada individuo es como una posibilidad cuya realidad está condicionada por su libre arbitrio y particularidad natural, así como por el sistema objetivo de las necesidades vitales: mediante la administración de justicia es eliminada la violación de la propiedad y de la personalidad. Pero el derecho efectivo en la particularidad contiene que las contingencias frente a los fines de unos y otros sean superadas y sea efectiva la imperturbada seguridad de la persona y de la propiedad, y también que la garantía de la subsistencia y del bienestar del individuo, esto es, el bienestar particular, sea tratado y realizado como derecho”.¹²⁰

HEGEL fue pionero en que no defendió el deber de la sociedad, la república o el soberano de atender a los necesitados, sino que declaró que la seguridad y el bienestar de los individuos debían ser tratados como un derecho. Además, defendía que ese bienestar debía ser procurado por el poder público para no dejarlo a la contingencia de las limosnas, que forman parte de la moralidad, es decir, de la subjetividad, y para que la libertad de industria no ponga en peligro el bienestar universal de la sociedad¹²¹.

A partir de mediados del siglo XIX surgen ya numerosas líneas de pensamiento que propugnan la intervención del Estado para la protección social de los trabajadores, especialmente en Alemania, como Schmoller, Wagner y Schaeffle¹²², representantes del llamado socialismo científico o de cátedra, que defendían una solidaridad entre los individuos y las clases sociales, utilizando el impuesto como instrumento redistributivo¹²³. En este aspecto la posición de la Iglesia católica era más reticente respecto a la labor del Estado, pues, si bien defendía la virtud de la solidaridad desde la Encíclica *Rerum Novarum* (papa León XIII, 1891), entendía que debía complementarse con el principio de subsidiariedad, es decir, que el Estado sólo habría de intervenir de manera supletoria cuando los esfuerzos solidarios de los individuos sean insuficientes para la protección de los más desfavorecidos. La Iglesia, en este sentido, mantenía una desconfianza hacia la deriva totalitaria en que podría incurrir un Estado intervencionista, desconfianza que no superó hasta 1930 en la Encíclica *Casti Connubii*¹²⁴. El Código Social de Malinas ya aceptaba que

¹²⁰ HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pág. 287.

¹²¹ *Ibid.*, págs. 289 a 293.

¹²² VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., págs. 105 y 106.

¹²³ ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social* cit., pág. 70.

¹²⁴ GARCÍA ESCUDERO, J. M. *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1960, págs. 39 y 40.

el sistema de seguros sociales obligatorios debería generalizarse¹²⁵ y la Encíclica *Divini Redemptoris* de 19-3-1937 incidía en la misma dirección¹²⁶.

Otras corrientes ideológicas muy influyentes en la aparición de la Seguridad Social fueron el socialismo marxista y el anarquismo, que pretendían romper con el orden vigente y que, ante las paupérrimas condiciones de vida de los trabajadores y la inseguridad a que se enfrentaban éstos tanto en materia de siniestralidad laboral como respecto a los medios de subsistencia, por depender exclusivamente del salario, estaban calando profundamente en amplios sectores del proletariado. Y como esta situación afectaba a una masa cada vez más numerosa de la población, y como pronto la masa explotada hubo de reaccionar en forma enérgica y violenta, poniendo en peligro la paz y estabilidad de la sociedad global, se produjo un estado de hecho de clara y manifiesta trascendencia social¹²⁷.

Ahora bien, frente al determinismo marxista, el materialismo cultural de HARRIS entiende que “el reconocimiento de la primacía de la infraestructura no implica que se reste importancia a la actuación humana consciente, sino que meramente pone de relieve la trascendencia de contar con teorías sólidas sobre la historia que puedan guiar las opciones humanas conscientes”¹²⁸. Ahí fue donde se puso de manifiesto la capacidad de adaptación del sistema político y económico, reconociendo la realidad de la evolución socioeconómica y tomando medidas reformistas que evitasen la subversión de todo el sistema. Para ello contaban con la sociabilidad humana, conservadora por naturaleza, ya que, como dijo ARISTÓTELES, “todas las comunidades parecen partes de la comunidad política, pues los hombres se asocian siempre con vistas a algo que les conviene y para procurarse algo de lo que se requiere para la vida, y la comunidad política parece haberse constituido en un principio, y perdurar, por causa de la conveniencia”¹²⁹. Cuando los trabajadores no obtienen ninguna ventaja del sistema político, económico y social establecido, calarán en ellos las ideas revolucionarias, pero si el sistema les hace participar de las ventajas del mismo, su tendencia será la de conservar el *statu quo*, y ahí es donde Bismarck acertó de pleno, marcando el camino a los demás Estados europeos.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 144.

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 138.

¹²⁷ PERPIÑA RODRÍGUEZ, A. *Filosofía de la Seguridad Social* cit., pág. 77.

¹²⁸ HARRIS, M. *Teorías sobre la cultura en la era posmoderna* cit., pág. 190.

¹²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 132. De la misma manera HEGEL definía la sociedad civil como una “unión de los miembros como singulares independientes en una así universalidad formal, mediante sus necesidades vitales y mediante la constitución jurídica como medio de seguridad de las personas y de la propiedad y mediante un ordenamiento externo para sus intereses particulares y comunes” (HEGEL, G. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado* cit. pág. 231).

Como explica PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, “no cabe duda de que el industrialismo moderno engendró la cuestión social; pero, adviértase bien, no sólo porque la nueva técnica de producción hiciera surgir una nueva clase social en míseras condiciones de vida, sino, además, porque ese fenómeno situacional fue acogido y valorado por el espíritu de la época y por los rectores de la comunidad con un criterio humanista (más utilitario que ético, pero humanitario en sus resultados finales). Sin ese criterio, base de determinadas motivaciones legislativas, no habría habido ninguna “cuestión”. La técnica de construcción de las pirámides de Egipto y otros grandes monumentos de la antigüedad y aun de todas las formas de producción creó con la esclavitud una situación incomparablemente peor que la del proletariado moderno. Y, sin embargo, no promovió ninguna cuestión social en los términos del siglo XIX (...) Junto a sentimientos e ideologías más o menos humanitarios, la técnica moderna actuó como factor impulsor de los Seguros sociales”. Y concluye: “sin el Cristianismo, la democracia y el socialismo no habría existido ese sistema jurídico”¹³⁰.

En idénticos términos se pronuncia VENTURI, para quien en la aparición de la Seguridad Social tuvo un papel importantísimo la influencia de las ideas socialistas: “y ello, no porque tales ideas hubieran conquistado entonces a gobernantes y legisladores, sino porque, con la difusión alcanzada por las mismas entre las masas proletarias, y con las agitaciones y violentas sublevaciones que se produjeron, fue tomando forma la convicción entre gobernantes y legisladores de que resultaba preciso que el Estado hiciese algo a favor de las clases trabajadoras para calmar sus inquietudes y combatir la propaganda política, llamada subversiva”¹³¹.

No obstante, me gustaría resaltar en este punto la importancia trascendental que tuvo el humanismo impulsado por la Ilustración. Al fin y al cabo, el Cristianismo llevaba diecinueve siglos sobre la faz de la tierra y el socialismo había aparecido muy recientemente. El que los obreros se hubieran hecho conscientes de sus derechos y que el Estado no hubiera respondido de un modo violento y tiránico ahogando las reivindicaciones proletarias en un baño de sangre, como en episodios anteriores de la historia, debe mucho al espíritu de la Ilustración. No en vano, VOLTAIRE, al criticar en 1766 el ahorcamiento de una chica de dieciocho años porque, avergonzada de haberse quedado encinta, abandonó a su criatura tras el parto causándole la muerte, lamentaba que “la caridad no ha establecido aún en este país ninguna casa de socorros en la que los desamparados sean alimentados. En donde falta la caridad la ley es siempre cruel. Mucho más valdría el impedir estas desgracias, que son bastante comunes, que el castigarlas. La verdadera jurisprudencia es

¹³⁰ PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Sociología de la Seguridad Social*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1972, pág. 521.

¹³¹ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 100.

la de impedir los delitos, y no la de dar la muerte a un sexo débil, cuando es evidente el que su culpa no ha sido acompañada de ninguna malicia y que, al contrario, le ha costado bastante caro. Asegurad, lo mejor que podáis, un recurso para los que se conduzcan mal, y tendréis menos que castigar”¹³². Por tanto, aparte de que se hubieran creado unas condiciones infraestructurales aptas para la implantación de un sistema de previsión social, la semilla humanista sembrada con la Ilustración, a la que se sumaron posteriormente el Cristianismo y el socialismo, crearon también un escenario ideológico propicio para dicha implantación.

Siguiendo el modelo del materialismo cultural, unas determinadas condiciones de producción y reproducción (la Revolución Industrial unida al incremento de la población y a la concentración de ésta en las ciudades, dependiendo exclusivamente del salario para vivir) habían empujado a adoptar medidas legales y políticas para evitar la subversión del sistema, es decir, que la infraestructura estaba condicionando claramente a la estructura. En esta labor coadyuvaron ciertas ideas que defendían la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad, tal como hemos visto, pues, de no existir, probablemente las clases dominantes hubieran optado por una represión sangrienta y sin contemplaciones al estilo de Graco con Espartaco y sus seguidores sediciosos en Roma. Estas nuevas ideas habrían de traducirse en principios jurídicos que validasen las reformas legales que alumbraron el nacimiento de la Seguridad Social.

Concretamente, tal como ya hemos mencionado, el Derecho liberal se basaba en que la fuente de obligación de los contratos provenía de la convergencia de la voluntad de los contratantes. En base a ello los trabajadores de las minas, fábricas o ferrocarriles –primeros afectados por las consecuencias de la industrialización en el campo de los accidentes laborales– habían “asumido el riesgo” que conllevaba la actividad contratada, por lo que no podían demandar a sus empleadores en caso de accidentes de trabajo. La teoría de la *assumption of risk* se formuló primero en Gran Bretaña en el caso *Priestley v. Fowler* (1837), trasladándose a los EE.UU. al ser retomada por el juez Shaw en el famoso caso *Farwell v. Boston and Worcester R.R.* (1842), que elevó el paradigma del contrato al lugar supremo que ocuparía en el pensamiento jurídico a lo largo de todo el siglo XIX¹³³. En 1891 Joaquín López Puigcerver, Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia pronunció un discurso en el que entendía que “las «nuevas teorías» que podían extraerse de las normas europeas sobre accidentes de trabajo habían sustituido la fundamen-

¹³² VOLTAIRE. *Comentario sobre el libro “De los delitos y de las penas” por un abogado de provincias*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pág. 116.

¹³³ LORENTE, M. y GARRIGA, C. Certeza jurídica vs. Justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español. En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 62.

tación jurídica por otra «deleznable» que sacrificaba «los principios de derecho»; así, la inversión de la carga de la prueba, los seguros obligatorios o la teoría del riesgo no se sustentaban, según él, en principio jurídico alguno, sino en cuestiones tales como la «caridad» o la «cuestión social», que sin duda alguna rompían el sentido jurídico, negaban la libertad y favorecían la absorción por el Estado de las funciones propias del individuo”¹³⁴. Bien es cierto que el principio de la *assumption of risk*, o su versión latina procedente del Digesto *volenti non fit iniuria*, es decir, que las consecuencias dañosas del accidente deben ser soportadas por el propio trabajador puesto que suscribió voluntariamente el contrato de trabajo, no fue la solución adoptada en nuestro ordenamiento jurídico para indemnizar los accidentes de trabajo, el cual se decantó por la solución francesa de la responsabilidad por culpa del art. 1902 del Código Civil, en virtud de la cual “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”¹³⁵. Solución igualmente insuficiente para hacer frente al problema de los accidentes de trabajo en tanto que el trabajador, en una inferioridad manifiesta de condiciones, debía probar la culpa del empresario, quedando además pendiente el problema de una posterior insolvencia de éste.

La solución jurídica adoptada por la LAT fue la de imputar al empresario la responsabilidad objetiva por los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores a su servicio¹³⁶. El fundamento de esa responsabilidad objetiva se buscó en un principio de gran raigambre en nuestra tradición jurídica, cual es *cuius commodum, eius incommodum*, es decir, aquél que se beneficia de algo, debe soportar también los perjuicios que puedan aparecer como anejos a di-

¹³⁴ *Ibid.*, pág. 64.

¹³⁵ *Ibid.*, pág. 77. También en idéntico sentido, BORRAJO DACRUZ, E. Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900). En VV. AA. *Cien años de Seguridad Social* (directores BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ y MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO), Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000, pág. 83.

¹³⁶ El dictamen de la comisión del Congreso de los Diputados informaba acerca del proyecto de ley de accidentes de 1900 lo siguiente: “La razón alcanza que cuando en una industria acaece un accidente sea responsable de él aquél que lo cause, pero pugna con los sentimientos de justicia y equidad que cuando a nadie pueda imputarse la culpa de la desgracia sufra sólo el operario que del accidente es víctima y pague con su muerte, o su incapacidad para seguir ganando su sustento, las contingencias únicamente imputables a la moderna maquinaria que hace, según las estadísticas más moderadas y bajas, que más de la mitad de los accidentes que ocurren en la industria se deban a casos fortuitos motivados por la complicación de los mecanismos o por empleo de peligrosas sustancias, y en los que ninguna parte tiene la voluntad ni la negligencia del operario, antes pueden calificarse, como alguien lo ha dicho, de inevitables. De aquí que se haya afirmado por cuantos buscan remedio a las causas de malestar y antagonismo social originante, que debe garantizar los riesgos de la industria la industria misma” (ALARCÓN CARACUEL, M. R. Los orígenes de la Seguridad Social en España cit, pág. 28).

chos beneficios. O, trasladado al tema que aquí es objeto de estudio, si el empresario es el que se beneficia de la enorme productividad que aporta el maquinismo, también debe soportar los perjuicios que las máquinas provocan a sus trabajadores¹³⁷.

Cuando se comienzan a desarrollar los seguros sociales en España, el referido principio se revela como inadecuado para sustentar la contribución del empresario a la protección de la vejez del trabajador o a la maternidad, por lo que, a juicio de ALARCÓN CARACUEL, se recurre al principio de solidaridad, en virtud del cual los beneficiarios de la protección –los trabajadores– pagarán solamente una pequeña parte del coste de esa protección, mientras que los empresarios pagarán una parte mayor y, finalmente, el propio Estado contribuirá también con una parte, además de encargarse de la gestión del aseguramiento, siendo ésta la típica financiación tripartita de los seguros sociales¹³⁸.

Siguiendo con el hilo de nuestra explicación, hemos visto cómo la infraestructura determinó una concreta estructura política y económica y, finalmente, unas ideas o principios superestructurales, informadores de las nuevas normas que se promulgaron para adaptarse al nuevo *statu quo*. Pero a continuación vamos a seguir profundizando para apreciar lo que al comienzo de este trabajo denominé el “efecto retorno de las ideas”.

La nueva situación jurídico-política era notoriamente más satisfactoria para los trabajadores, pero también para los intelectuales humanistas, para los cristianos, etc. De este modo, las ideas acerca del deber del Estado de facilitar una protección social calan en todas las capas de la sociedad y son objeto de amplio desarrollo. HELLER desempeña un papel primordial en este aspecto, pues no en vano acuñó la expresión “Estado Social de Derecho”¹³⁹, tan popular en nuestros días y plasmada en el art. 1º de la Constitución Española de 1978¹⁴⁰ (CE en adelante). HELLER era socialista, pero difería del marxismo en dos aspectos fundamentales, a saber: no compartía el determinismo histórico y, en segundo lugar, defendía el papel fundamental del Estado para alcanzar la justicia social. Respecto a lo primero, HELLER no aceptaba la primacía de la economía sobre la política, pues era un idealista convencido. Para él “todos los hombres deben tener igual posibilidad social de desarrollo”¹⁴¹, y por tanto el fin de la política “es actualmente la organización de la sociedad referida a la idea de justicia social”¹⁴². Para ello defendía “la supremacía autoritaria del Estado sobre la sociedad, en particular sobre la economía, mediante el origen

¹³⁷ *Ibid.*, pág. 27.

¹³⁸ *Ibid.*, pág. 34.

¹³⁹ HELLER, H. Estado de Derecho o dictadura? En *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 301.

¹⁴⁰ BOE de 29 de diciembre de 1978, número 311.

¹⁴¹ HELLER, H. El sentido de la política. En *El sentido de la política y otros ensayos*, Pretextos, Valencia, 1996, pág. 59.

¹⁴² *Ibid.*, pág. 58.

democrático de la autoridad política y mediante límites precisos de la autoridad estatal¹⁴³. En definitiva defendía el modelo de Estado intervencionista actualmente vigente: “para nosotros puede tratarse únicamente de someter también el orden del trabajo y de los bienes a la organización del Estado material de derecho, de transformar el Estado liberal en un Estado socialista de derecho, pero no de eliminar el Estado de derecho en general”¹⁴⁴.

Estas ideas pueden considerarse actualmente consustanciales a la Seguridad Social, por cuanto ésta es impuesta coactivamente en aras de un principio de solidaridad o de justicia social. Ya en su momento sentenciaba PERPIÑÁ RODRÍGUEZ que “los seguros sociales, y aun más la Seguridad Social, son un ejemplo de estatificación dentro del sistema jurídico dual de civilización. Se han incorporado al Derecho público, con todas sus consecuencias”¹⁴⁵. La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social¹⁴⁶ (LBSS), recoge en su Base preliminar que “a través de la Seguridad Social, el Estado español garantizará a las personas que por razón de sus actividades están comprendidas en su campo de aplicación, y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen y la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural”. Para ello la LBSS se esfuerza en dejar claro que “corresponde al Estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social. Compete al Ministerio de Trabajo el ejercicio de las funciones administrativas y reglamentarias en las materias comprendidas en las bases que fija la presente Ley” y “todos los organismos, Instituciones y Servicios de la Seguridad Social quedan bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo para el cumplimiento de los fines señalados en la presente Ley”.

Una vez llegada la democracia, pocas variaciones hubo a este respecto. La CE contiene un amplio catálogo de disposiciones que, en aras de la justicia social, consagran el intervencionismo del Estado. Sin ánimo de ser excesivamente prolijo, cabe citar las siguientes.

- El art. 9.2 de la CE establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.
- El art. 39 declara que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

¹⁴³ HELLER, H. Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana. En *El sentido de la política y otros ensayos* cit., pág. 70.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pág. 73.

¹⁴⁵ PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A. *Sociología de la Seguridad Social* cit., pág. 428.

¹⁴⁶ BOE de 30 de diciembre de 1963, número 312.

- El 41 que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”.
- El 43.2 que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.
- El 50 que “los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

Y no es un fenómeno exclusivo de España, pues la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su art. 25 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

No en vano, se habla de derechos humanos de primera generación para referirse a aquéllos que son propios del Estado liberal, es decir, los derechos relacionados con la libertad, que exigen un no hacer por parte del Estado; después vendrían los derechos de segunda generación, que serían los propios del Estado social, y que son los derechos relacionados con la igualdad, que plantean la necesidad de que el Estado otorgue prestaciones positivas tales como construir escuelas u hospitales¹⁴⁷.

Aquí ya nos encontramos en una fase en que las ideas se han enraizado en la conciencia colectiva y adquieren virtualidad propia para promover reformas legales, siempre que sean compatibles con las condiciones infraestructurales. Es decir, una economía empobrecida no puede mantener un sistema de protección social ambicioso (las condiciones de producción en la capa infraestructural no lo permitirían) y una sociedad envejecida no puede mantener un sistema de Seguridad Social de reparto (las condiciones de reproducción en la capa infraestructural no lo permitirían). Ahora bien, mientras se mantenga ese equilibrio entre infraestructura y superestructura, las

¹⁴⁷ ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2004, pág. 220. En idénticos términos RUBIO CARRACEDO, J. *Derechos humanos, ética y diálogo intercultural. En Ciudadanos sin democracia. Nuevos ensayos sobre ciudadanía, ética y democracia*, Comares, Granada, 2005, págs. 151 y 176.

ideas pueden ser un motor de reformas sociales, porque han anidado en los ciudadanos¹⁴⁸. Esto es así hasta el punto de que, cien años después del nacimiento de la protección social obligatoria, en España el 74 por ciento de la población considera que es responsabilidad del Estado reducir las diferencias entre las personas que tienen altos ingresos y las que tienen bajos ingresos; el 80 por ciento opina que es responsabilidad del Estado ofrecer asistencia sanitaria para todos (un 18 por ciento cree que probablemente debería serlo y sólo un 1 por ciento cree que no); un 79 por ciento cree que es responsabilidad del Estado asegurar pensiones dignas a los ancianos (un 19 por ciento cree que probablemente debería serlo y sólo un 1 por ciento cree que no)¹⁴⁹; y un 68 por ciento creen que el Estado debe ser el único o principal responsable del cuidado y atención de las personas en situación de dependencia, es decir, ancianos, discapacitados o enfermos que no puedan valerse por sí mismos (un 26 por ciento cree que la principal responsabilidad recae sobre la familia aunque el Estado debe ofrecer recursos de apoyo y sólo un 5 por ciento cree que deben ser las familias las únicas responsables de ese cuidado)¹⁵⁰. Tal estado de opinión determinó la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia¹⁵¹.

A la vista de los anteriores datos, es innegable la tendencia sociológica y política a trasladar las cargas asistenciales hacia el sistema público de Seguridad Social¹⁵². Incluso los tribunales de justicia han seguido esa misma línea¹⁵³.

¹⁴⁸ Es innegable, sin embargo, que una determinada idea de protección social, a la que generalmente se denomina Seguridad Social, al haber alcanzado un amplio grado de consenso en el ámbito de las comunidades internacionales y nacionales, ha pasado a disponer de un verdadero fundamento cultural. Así por ejemplo, la importancia concedida al cuidado de la salud, la distribución de la vida humana en fases distintas y flexibles de actividad e inactividad, etc., son hoy parte de la civilización contemporánea, enraizada con la vida espiritual de los ciudadanos, en cuanto patrimonio inalienable, a su favor?(DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 23).

¹⁴⁹ Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, “Los ciudadanos y el Estado”, estudio CIS 2206, enero 1996. <http://www.cis.es>.

¹⁵⁰ Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, “La opinión en los barómetros de 2004: discapacidad”, estudio CIS 2581, noviembre 2004. <http://www.cis.es>.

¹⁵¹ BOE de 15 de diciembre de 2006, número 299.

¹⁵² DE SEBASTIÁN, L. *La solidaridad*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 127. Dicho fenómeno ya fue observado en EEUU en 1920 a raíz de la tendencia de los hijos a abandonar el hogar paterno y a tener menos hijos (PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 118; también HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history* cit., pág. 44).

¹⁵³ Por ejemplo, para acceder a las prestaciones en favor de familiares es necesario que el solicitante no tenga familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos según la legislación civil, requisito que ha sido relativizado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16-3-1999 (rec. N° 2052/1998), trasladando así el centro de la protección social en este ámbito desde el círculo familiar hacia la Seguridad Social. Criterio reiterado en las SSTs de 27-3-2000 (rec. N° 1823/1999) y de 8-11-2006 (rec. N° 4915/2005).

Con este panorama de opinión no es de extrañar que se considere la protección social pública como un derecho humano. Podríamos decir que el hombre contemporáneo se ha hecho dependiente del Estado. ORTEGA Y GASSET ya anticipó esta posibilidad en 1937 cuando dijo que “imagine que sobreviene en la vida pública de un país cualquier dificultad, conflicto o problema; el hombre-masa tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado, que se encargue directamente de resolverlo con sus gigantescos e incontrastables medios. Éste es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social por el Estado”¹⁵⁴. Discrepo sin embargo de la opinión de ORTEGA Y GASSET de que el hombre se ha visto engullido por el Estado al que había creado para mejorar sus condiciones de vida. Por el contrario, participo de la opinión de VENTURI cuando afirma que “establecer algunas limitaciones a su libre albedrío, para garantizar a cada persona un mínimo de seguridad contra las consecuencias económicas dañosas de las vicisitudes de la vida, no es restringir la libertad del hombre, sino liberarlo de una tiranía, que, por ser impersonal y encontrarse ligada a la incertidumbre de los acontecimientos, no es menos cruel que otra”¹⁵⁵.

V. LAS CAUSAS DEL NACIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La época en que hemos situado los orígenes de la Seguridad Social está marcada por dos factores, a saber: la Revolución Industrial y el predominio de las ideas liberales. Como ya vimos anteriormente, verificándose un importante número de accidentes, de los cuales una parte considerable eran mortales, tomó proporciones hasta entonces desconocidas el problema de la vida o, al menos, de una responsabilidad hacia el accidentado por parte del empresario, quien había contratado las actividades con finalidad de lucro y era propietario de los medios de producción que pueden considerarse causa del accidente¹⁵⁶, si bien los empresarios no llegaron por filantropía a esa conciencia social de que hablamos.

Muchos autores, como VENTURI o ALARCÓN CARACUEL, citados anteriormente, coinciden al atribuir una importancia fundamental al maquinismo en el nacimiento de la Seguridad Social. Sin embargo, si el problema de los accidentes de trabajo hubiera sido tan determinante, no se explica por qué en EEUU la Seguridad Social se creó para atender a la vejez. Lo mismo puede decirse de Nueva Zelanda, cuya primera prestación de Seguridad Social se creó mediante la *Old-Age Pensions Act* de 1898¹⁵⁷, o de España: si la causa del

¹⁵⁴ ORTEGA Y GASSET, J. *La rebelión de las masas* cit., pág. 121.

¹⁵⁵ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 771.

¹⁵⁶ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 85.

¹⁵⁷ WHYTE, G. *Beyond the Statute. Administration of Old-age Pensions to 1938*. En VV. AA. *Past Judgement. Social Policy in New Zealand History* (edited by BRONWYN DALLEY and MARGARET TENNANT), University of Otago Press, Dunedin, 2004, pág. 125.

nacimiento de la Seguridad Social fuese el maquinismo que se implantó con la Revolución Industrial, que creó la cuestión social de los accidentes de trabajo, no se entendería por qué en España nació el seguro de vejez doce años antes que el seguro de accidentes de trabajo.

También se ha dado mucha importancia tradicionalmente a la agitación social provocada por las reivindicaciones obreras como elemento determinante para “arrancar” a los poderes públicos y a los empresarios mejoras en las condiciones de vida y trabajo del proletariado, entre las que figuraría el sistema de protección social¹⁵⁸. Sin perjuicio de que este factor haya sido muy influyente en países como Alemania, por ejemplo¹⁵⁹, no puede tomarse en consideración con carácter general como causa del nacimiento de la Seguridad Social. En EEUU no se dio una agitación social tan grave como en Alemania, ni en Escandinavia tampoco¹⁶⁰. Y en España, por el contrario, si la causa del nacimiento de la Seguridad Social hubiese sido la agitación social provocada por la clase proletaria, imbuida de las ideas socialistas y anarquistas, no se entendería que en el campo español hubo una agitación social muy superior a la de las ciudades y sin embargo los trabajadores agrarios no se beneficiaron de la creación de un sistema de previsión social en la misma medida que los obreros industriales.

El mayor consenso entre los autores respecto a la causa del nacimiento de la Seguridad Social se da en torno a la Revolución Industrial. Ahora bien, a este respecto también conviene realizar algunas matizaciones. El industrialismo influyó en el nacimiento de la Seguridad Social porque hizo a los trabajadores (la inmensa mayoría de la población) dependientes de un salario y, por tanto, más vulnerables a los riesgos que siempre habían existido y que constituyen el eje de cualquier sistema de Seguridad Social: accidentes, vejez, enfermedad, muerte y desempleo¹⁶¹. Cuando la familia depende de un salario, la interrupción de éste por cualquiera de las contingencias mencionadas puede conducir a situaciones dramáticas si no existe un sistema de protección social, especialmente en un entorno urbano. Y cuando la mayoría de la población de-

¹⁵⁸ MARTÍN VALVERDE, A. La formación del Derecho del Trabajo en España cit., pág. XXVI.

¹⁵⁹ DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social* cit., pág. 21.

¹⁶⁰ BALDWIN, P. *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 97.

¹⁶¹ Así fueron listadas las cinco mayores amenazas contra la seguridad por parte de Walter Nash, primer Ministro de Seguridad Social de Nueva Zelanda (McCLURE, M. *A Badge of Poverty or a Symbol of Citizenship? Needs, Rights and Social Security, 1935-2000*. En VV. AA. *Past Judgement. Social Policy in New Zealand History* (edited by BRONWYN DALLEY and MARGARET TENNANT), University of Otago Press, Dunedin, 2004, pág. 143).

pende de un salario, las crisis económicas, como ocurrió en EEUU en 1929, pueden hacer que la situación dramática se extienda a escala nacional¹⁶².

A esa situación se añadieron otros factores coadyuvantes, como el crecimiento de la población y el éxodo desde el campo hacia las ciudades, provocado este último por las crisis agrarias, las penosas condiciones de vida en el campo y el atractivo de conseguir un empleo en la industria. El caso es que ésta no fue capaz de absorber a toda esa masa de trabajadores ofreciendo su fuerza de trabajo y ello generó mucho desempleo y una caída de los salarios. El resultado fue la aparición de grandes bolsas de marginación y pobreza en las ciudades. De una manera muy cruda, pero enormemente clara, JOHN STEINBECK definió esta situación de dependencia del salario que demandaba urgentemente un sistema de protección social con estas palabras:

“No hay trabajo hasta la primavera. No hay trabajo.

Y si no hay trabajo... no hay dinero ni comida.

Un hombre que tiene un tiro de caballos, que los usa para arar y cultivar y segar, a él nunca se le ocurriría dejarlos que se murieran de hambre cuando no están trabajando.

Ésos son caballos... Nosotros somos hombres.”¹⁶³

Llegados a este punto, parece incontestable que la dependencia del salario que trajo la industrialización fue la causa de la aparición de la Seguridad Social, pero esta conclusión no es novedosa, de modo que debemos indagar si la metodología del materialismo cultural nos permite llegar un poco más lejos en nuestras conclusiones. Para ello debemos referirnos a un caso particular que nos permitirá llegar hasta el fondo del asunto. Me refiero al supuesto de los países escandinavos, es decir, Dinamarca y Suecia. Estos países eran a finales del s. XIX eminentemente rurales. Concretamente en Dinamarca existía un sistema de beneficencia gestionado a nivel municipal y financiado con impuestos directos sobre las tierras. Los efectos de las malas cosechas eran soportados por los trabajadores del campo de manera uniforme, pues se trataba de pequeños y medianos propietarios y trabajadores por cuenta ajena. Ello generó una cohesión social inexistente en las ciudades y, por extensión, la reivindicación de un sistema de protección social frente a situaciones genéricas

¹⁶² “Padecían las plagas ya advertidas por Hunter: la inseguridad y la dependencia típicas de una era industrial. Como dependían totalmente de su salario, se quedaban desamparados en tiempos difíciles” (PATTERSON, J. T. *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América* cit., pág. 69).

¹⁶³ STEINBECK, J. *Las uvas de la ira*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pág. 653. He recogido el texto de este autor por su innegable lirismo, si bien la idea no es suya, pues ya UPTON SINCLAIR la había adelantado treinta años antes en *La jungla*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1985, vol. II, pág. 53.

de necesidad y de carácter universal. Ahora bien, este sistema de protección social no podía financiarse con cotizaciones sobre el trabajo ni con impuestos directos, pues los agricultores, cuya producción se orientaba fundamentalmente hacia la exportación, no podían permitirse un alza de los precios agrícolas. Para solucionar este problema promovieron que el sistema de protección social se financiara mediante impuestos indirectos y, más concretamente, mediante un impuesto sobre el consumo de cerveza, la bebida preferida de los trabajadores industriales urbanos. De esta manera, en Dinamarca se estableció en 1891 un sistema de Seguridad Social universal, con pensiones no contributivas, y financiado por medio de impuestos, adelantándose más de cincuenta años al sistema inglés¹⁶⁴. Es decir, la Seguridad Social fue promovida por el influyente sector agrario, pero fue financiada por los trabajadores industriales.

Puede considerarse que este supuesto es excepcional, pero en realidad nos da la clave del determinismo infraestructural. Tal como vimos en su momento, el determinismo infraestructural no significa que los modos de producción y reproducción generen constantemente cambios sobre las capas estructural y superestructural, sino que las innovaciones infraestructurales que producen mejoras en el bienestar de los individuos tienden a perpetuarse y, si son incompatibles con una determinada estructura política o social o con un determinado sistema de valores, éstos tenderán a modificarse a favor de las referidas innovaciones infraestructurales. Asimismo, el determinismo infraestructural significa que el hombre no es libre para moldear el mundo a su antojo, como representaba el ideal del romanticismo, sino que encuentra limitaciones derivadas de su entorno y de su propia capacidad de reproducción que su nivel de desarrollo tecnológico en ese momento no será capaz de superar. En sus estudios antropológicos HARRIS observó que los pueblos que viven de la caza y la recolección se organizan en grupos pequeños y nómadas, porque dependen de la flora y la fauna silvestres para subsistir, las cuales se encuentran dispersas y sometidas a factores estacionales. Ello obliga a mantener una baja densidad demográfica, pues los recursos naturales se reproducen siguiendo sus propios ciclos. En este tipo de sociedades no es un tabú el aborto, el infanticidio o el gerontocidio, ya que las condiciones infraestructurales no permiten el crecimiento demográfico¹⁶⁵. Algo parecido ocurre con las sociedades agrícolas de escaso desarrollo tecnológico, en las que, en ausencia de herbívoros domesticados, la agricultura dependiente de las lluvias requiere periodos de barbecho frecuentes. Esto lleva a diversas formas de

¹⁶⁴ BALDWIN, P. *La política de solidaridad social* cit., págs. 110 a 129.

¹⁶⁵ HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 97. El propio Platón, que estaría situado en las antípodas intelectuales de Harris, al describir el Estado ideal, señala que sus habitantes “procurarán tener el número de hijos proporcionado al estado de su fortuna, para evitar las incomodidades de la pobreza o de la guerra” (PLATÓN. *La República o el Estado*, Edaf, Madrid, 2003, pág. 86).

cultivo itinerante en las que primero se quema la cubierta de bosque y maleza, y, después, se la deja regenerar durante ciclos de barbecho más o menos prolongados. En las pluvisilvas tropicales, las poblaciones dependientes del cultivo itinerante suelen vivir en aldeas pequeñas –menos de doscientos habitantes– y sus densidades regionales no son muy diferentes de las de los cazadores y recolectores¹⁶⁶. Esta situación contrasta con las agriculturas desarrolladas y con herbívoros domesticados (ya en Egipto y Mesopotamia), que fueron capaces de desarrollar sistemas de regadío y abono que multiplicaron las cosechas, con el consiguiente aumento de la riqueza, la natalidad y de organizaciones sociales y políticas más complejas.

Pues bien, trasladando estos razonamientos al entorno social y económico en que nació la Seguridad Social, el caso escandinavo nos muestra que las necesidades humanas que el sistema de Seguridad Social trata de subvenir han existido siempre, aunque el industrialismo las haya podido incrementar exponencialmente. Lo que verdaderamente ha aportado la industrialización es la capacidad de generar una riqueza extraordinaria nunca conocida anteriormente, que permite destinar fondos económicos ingentes para paliar esas situaciones de necesidad¹⁶⁷. Por eso, en Dinamarca el sistema de Seguridad Social fue promovido por el sector agrario, pero fue financiado por los habitantes de las ciudades industriales. Por eso, al existir unas necesidades comunes y unas condiciones infraestructurales similares, la solución en los diversos países occidentales industrializados fue la misma, es decir, la creación de un sistema de Seguridad Social, aunque adaptado a las peculiaridades de cada uno de dichos Estados¹⁶⁸.

Existirían así factores causantes, factores desencadenantes y factores determinantes en la aparición del sistema de Seguridad Social. Entre los primeros situaríamos la dependencia respecto del salario, fenómeno típico de la industrialización, junto con el crecimiento demográfico y el éxodo rural, que incrementaron la vulnerabilidad de los trabajadores respecto a los riesgos de vejez, enfermedad, accidente, muerte y desempleo. Entre los segundos situa-

¹⁶⁶ HARRIS, M. *El materialismo cultural* cit., pág. 108.

¹⁶⁷ Volviendo a Platón, éste nos describe cuál era el destino que les era reservado a los enfermos en la Antigüedad, el cual se perpetuó hasta la aparición de la Seguridad Social: “que se ponga enfermo un carpintero, y verá cómo pide al médico que le recete un vomitivo o un purgante, o, si es necesario, que le aplique el hierro o el fuego. Pero si le prescribe un largo régimen y le aplica a la cabeza suaves compresas y lo demás que es consiguiente, diría bien pronto que no tiene tiempo para estar enfermo, y que le tiene más cuenta morir que renunciar a su trabajo, para sólo ocuparse de su mal. En seguida despediría al médico, y volviendo a su método ordinario de vida, o recobraría la salud, y se entregará al trabajo; o si el cuerpo no puede resistir al esfuerzo de la enfermedad, vendría la muerte en su auxilio y le sacará del conflicto(...) En cuanto a los que están sujetos a las enfermedades y a la intemperancia, no creyeron que estaba en su interés ni en el interés público el prolongarles la vida, ni que la medicina estuviera hecha para ellos” (PLATÓN. *La República o el Estado* cit., págs. 134 y 136).

¹⁶⁸ RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., págs. 50, 131 y 240.

ríamos el maquinismo, que convirtió el fenómeno de los accidentes de trabajo en una “cuestión social”, o la agitación social fruto de las reivindicaciones obreras. Pero el verdadero factor determinante fue la industrialización, que generó la riqueza necesaria para construir un sistema complejo de redistribución con el fin de paliar las situaciones de necesidad. En tanto que la industrialización forma parte de la capa infraestructural, podemos apreciar claramente cómo ésta determina o condiciona la organización política y social, e incluso el sistema de valores como vimos al hablar de la importancia de las ideas.

Ahora bien, ¿no hubiera bastado con el establecimiento de normas laborales que fijasen un salario mínimo o regulasen la seguridad en los centros de trabajo? ¿No hubiese bastado con promover la previsión futura por parte de los propios trabajadores?

Se han aportado muchas ideas al respecto, pero la más generalizada es que los trabajadores no ahorran lo suficiente como para cubrir las contingencias futuras de invalidez, vejez, desempleo, etc. La opinión más común es que el sistema de seguros sociales voluntarios fracasó debido a los trabajadores, pues eran presa de “la natural inercia o indolencia que es característica innata de la mayoría; la escasa educación, que lleva a una gran parte de ellos a sobrevalorar el sacrificio actual y a minusvalorar el beneficio futuro y, por tanto, a no apreciar las ventajas de la previsión; y, finalmente y sobre todo, la escasez y precariedad de los recursos económicos de que disponen, que casi siempre se absorben por las exigencias de la vida cotidiana y que, por sus oscilaciones y las variaciones en las necesidades que deben satisfacer, contradicen una exigencia fundamental de la previsión: la continuidad de la prima o contribución”¹⁶⁹.

No obstante, esta explicación resulta claramente insuficiente a mi entender, pues en EEUU los trabajadores, imbuidos de las ideas liberales, tenían perfectamente claro que debían proveer a su propio futuro y, sin embargo, todas sus provisiones saltaron por los aires con la crisis de 1929. Una quinta parte de los bancos fueron a la quiebra y se perdieron los ahorros de toda una

¹⁶⁹ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 91. BALL, con el característico pragmatismo americano, considera fácil la discusión acerca de las causas por las que los trabajadores no allegaban los recursos suficientes para la eficacia de la previsión voluntaria y entiende que sólo la previsión pública impuesta coercitivamente puede garantizar la seguridad económica de los trabajadores: “Most people in a wage economy are dependent on income from a job. Thus when work income is cut off, income insurance prevents what would otherwise be widespread poverty and insecurity (...) That is the only sure way to prevent large-scale economic insecurity. Most people just do not save enough on their own to provide a continuing income when they are no longer able to earn. It is not really an issue of whether people ought to save sufficiently on their own, or even whether theoretically they could; demonstrably most have not done so, and did not do so prior to the establishment of social insurance institutions” (BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow*, Columbia University Press, New York, 1978, pág. 5).

vida de nueve millones de familias americanas. Los bienes inmuebles, el último activo en que aquéllas habían confiado, fueron embargados y subastados ante la incapacidad de los trabajadores de hacer frente a las deudas, conduciendo además a una caída en el valor de dichas propiedades. Y todo ello en un ambiente de desempleo generalizado en el que los ancianos constituían el grupo social más vulnerable: los primeros en ser despedidos y los últimos en ser contratados¹⁷⁰.

Es decir, aunque los trabajadores hiciesen el esfuerzo de proveer los medios necesarios para garantizar las contingencias futuras, la inseguridad seguiría estando presente, pues intervienen otras variables que están fuera de su control, como se vio claramente en EEUU en 1929, tales como la inseguridad de los mercados financieros (inflación, tipos de interés, valor de los activos inmobiliarios, etc.). Y a ello hay que añadir otro dato esencialmente inseguro, cual es la propia duración de la vida (laboral o biológica), que hace imposible prever exactamente la provisión que será necesaria para asegurar una supervivencia digna durante la vejez. Esta incertidumbre es aun mayor cuando hablamos de la invalidez, que puede presentarse a una edad muy temprana, cuando ha sido materialmente imposible proveer lo necesario para asegurar la supervivencia durante toda la vida restante del trabajador¹⁷¹. Ello es lo que hace necesario un sistema público y obligatorio de Seguridad Social¹⁷².

Finalmente, no podemos despreciar otra importante función que desempeña la Seguridad Social, cual es mitigar los efectos de un mercado de trabajo inestable, de lo que se benefician empresas, trabajadores y el propio Estado. Cuando una empresa ha de hacer frente a una reconversión que implica el despido masivo de trabajadores, las consecuencias de conflictividad social serían muchísimo mayores si no existiese un sistema público de previsión que protegiese a los trabajadores despedidos frente al desempleo, o un sistema de jubilación que permita apartar del mercado de trabajo a los trabajadores de mayor edad, que, por otra parte, como ya hemos visto, son los más vulnerables, pues son los primeros en ser despedidos y los últimos en ser contratados¹⁷³. De hecho, ha sido defendida de manera bastante consistente la teoría de que la Seguridad Social fue en realidad una creación de un grupo de tecnócratas gubernamentales en EEUU que, al rebufo del *New Deal*, diseñaron este sistema para retirar a los ancianos del mercado de trabajo por conside-

¹⁷⁰ HABER, C. y GRATTON, B. *Old age and the search for security. An American social history* cit., pág. 42. "Amid the Depression of the 1930s, the coalition opposed to state relief disintegrated; much of the middle class joined in the demand for government old-age programs. The private sector's promises of financial security in old age rang hollow for those who had lost homes, jobs, and businesses, whose savings and investments had been wiped out, or who found their private pension reduced or eliminated" (*Ibid.*, pág. 81).

¹⁷¹ *Ibid.*, pág. 86.

¹⁷² KESSLER, D. But why is there Social Security? cit., pág. 84.

¹⁷³ *Ibid.*, pág. 89.

rarlos menos productivos para las empresas y permitir, de paso, la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo¹⁷⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que la Seguridad Social aporta esa estabilidad individual, al proteger a los trabajadores y sus familias del desempleo, la enfermedad, la vejez o el fallecimiento, lo que redundaría en la estabilidad del grupo social en su conjunto y permite alcanzar cotas más altas de prosperidad. Como dijera ALDOUS HUXLEY, “no cabe civilización alguna sin estabilidad social. Y no hay estabilidad social sin estabilidad individual”¹⁷⁵. Ahora bien, conviene aclarar que la estabilidad no necesariamente tiene por qué plantearse en términos de agitación social. Éste puede ser el caso en épocas convulsas como la que alumbró el nacimiento de la Seguridad Social en Alemania, pero también en un régimen democrático la incapacidad de los mecanismos sociales para hacer frente a las necesidades esenciales del grupo puede canalizarse a través de las elecciones, de modo que el descontento de las clases trabajadoras suponga un coste electoral para el correspondiente gobierno. Quiere con ello decirse que, al margen del deber intrínseco de todo gobernante de procurar el desarrollo económico y social de su país, existe un interés político en conseguir ese desarrollo. Por tanto, la Seguridad Social aporta estabilidad en el más amplio sentido, es decir, laboral, económico, social y político.

Como conclusión de lo razonado hasta este momento podemos decir que la Seguridad Social no es en sí fruto de la agitación social, sino de la situación

¹⁷⁴ GRAEBNER, W. *A History of Retirement: The Meaning and Functions of an American Institution, 1885-1978*, Yale University Press, New Haven, 1980. Aunque no comparto esta teoría como causa principal del nacimiento de la Seguridad Social, sí que contiene elementos interesantes. El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, consideraba inconstitucional la fijación de una edad general, forzosa e incondicionada para la jubilación, pero aceptaba la jubilación forzosa en el ámbito de políticas orientadas hacia el pleno empleo, es decir, que impongan una jubilación forzosa a cambio de incorporar al mercado de trabajo a los trabajadores jóvenes en una suerte de relevo generacional. Esto casa perfectamente con la teoría de WILLIAM GRAEBNER y precisamente con esa finalidad existe en nuestro ordenamiento jurídico la jubilación parcial regulada en el art. 166 de la LGSS y desarrollada por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre (BOE de 27 de noviembre de 2002, número 284). Esta modalidad de jubilación permite que un trabajador con 60 años que cumpla todos los requisitos para acceder a la jubilación, excepto el de la edad, pueda cesar en su jornada a tiempo completo e iniciar una jornada a tiempo parcial para causar pensión de jubilación en proporción a la reducción de jornada. Si el trabajador es menor de 65 años, para poder acogerse a esta modalidad de jubilación debería ser sustituido por un trabajador desempleado o que viniera prestando servicios en la empresa con un contrato de duración determinada. En definitiva, se pretende promover el acceso paulatino a la jubilación, el rejuvenecimiento de las plantillas en las empresas, el acceso al trabajo por parte de los desempleados y una mayor estabilidad en el empleo (ÁLVAREZ PATALLO, J. A. La jubilación parcial o el delicado equilibrio entre la voluntad de la Administración y las necesidades del mercado de trabajo. En *Boletín Social Quantor*, Grupo Editorial El Derecho, n 104, 2009, pág. 12).

¹⁷⁵ HUXLEY, A. *Un mundo feliz*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984, pág. 43.

socioeconómica generada por la Revolución Industrial, que a la vez generó la riqueza necesaria para implantarla. No quiero con ello negar la importancia de la agitación social, a la que anteriormente calificué como causa desencadenante, al menos en algunos países, de la implantación de la Seguridad Social. Lo que me interesa destacar es que no podemos recurrir a explicaciones reduccionistas sobre las causas de la aparición de la Seguridad Social. Como me he esforzado en argumentar en las páginas anteriores, han influido múltiples factores tales como la agitación social o las corrientes ideológicas humanistas y socialistas, pero las dos causas que se sitúan por encima de todas las demás respecto de la aparición de la Seguridad Social son la dependencia del salario y, como factor infraestructural determinante, la riqueza sin precedentes que generó la Revolución Industrial y que permitió hacer frente a esa novedosa situación. Desde el punto de vista del materialismo cultural “todas las sociedades humanas necesitan dispositivos culturales, tanto conductuales como mentales, para lograr la supervivencia, la reproducción, el trabajo, el comercio de bienes y otros objetivos básicos de la vida social. La normatividad social, el Derecho incluido, no es ajeno a esas exigencias; tiene que someterse a ellas necesariamente y, por tanto, establecer reglas, principios, valores e instituciones que, *prima facie*, protejan la vida, la reproducción dentro de ciertos límites, la integración en el medio, los bienes materiales fundamentales, etc.”¹⁷⁶ En consonancia con este razonamiento en una sociedad de trabajadores dependientes de un salario, deviene fundamental asegurar la protección frente a la pérdida de esa fuente de ingresos y el mecanismo idóneo para conseguirlo es el sistema de la Seguridad Social. Se puede apreciar de este modo cómo los sistemas de producción propios de una economía desarrollada (capa infraestructural) determinan una concreta estructura política y jurídica como es la Seguridad Social (capa estructural).

Para concluir quisiera recordar que la situación descrita que acompañó al nacimiento de la Seguridad Social se hizo patente a finales del siglo XIX, pero se ha agudizado aun más con el paso del tiempo. En primer lugar, se ha mantenido el fenómeno de una creciente concentración de población asalariada en las ciudades. En segundo lugar, el desarrollo de la tecnología, en lugar de beneficiar a los trabajadores de más edad, probablemente les ha perjudicado, pues obliga a un constante reciclaje de los conocimientos; esta evolución acelerada de las técnicas de trabajo hace que las empresas, ante la disyuntiva de reciclar a empleados de edad o contratar a jóvenes, opten por esta última alternativa, más barata no sólo en cuanto al salario, sino también porque los programas de reciclaje son costosos¹⁷⁷. En definitiva, las personas de edad avanzada son más vulnerables laboralmente que nunca.

¹⁷⁶ RIVAYA, B. *El materialismo jurídico* cit., pág. 232.

¹⁷⁷ SENNETT, R. *La cultura del nuevo capitalismo*, Anagrama, Barcelona, 2006, págs. 84 a 86.

Incluso en un entorno rural, la vejez o incapacidad del agricultor le aboca a una situación muy comprometida hoy en día. Los índices de natalidad han caído en picado, ya que la tasa de fecundidad se situaba en 3,53 hijos por mujer en 1900¹⁷⁸, alcanzando los 2,8 hijos en 1975 y los 1,342 en 2005¹⁷⁹. Quiere ello decir que ya no se puede contar con grupos familiares numerosos que puedan arropar al necesitado, a lo que debe añadirse la tendencia de las mujeres a trabajar fuera del hogar. Finalmente, los avances en la medicina y en la calidad de vida en general han incrementado enormemente la esperanza de vida de las personas y, por consiguiente, el envejecimiento de la población¹⁸⁰. Es decir, que la situación de necesidad provocada por la vejez o la invalidez se alarga en el tiempo, pues la esperanza de vida en 1900 era de 35 años¹⁸¹, mientras que en 2005 era de 80,23 años¹⁸². Y si la situación sociológica descrita resulta delicada para cualquier trabajador, mucho peor será para un hijo discapacitado. Al fin al cabo, el trabajador puede haber previsto sus necesidades futuras, pero si tiene un hijo discapacitado, tiene que proveer para dos generaciones, sin poder contar con núcleos familiares numerosos y cohesionados que contribuyan a esa provisión.

Por tanto, la Seguridad Social es más necesaria que nunca, y, frente a quienes sostienen su inviabilidad, defiendo que, si bien algunos factores infraestructurales de los países occidentales se han modificado (fundamentalmente la caída de la natalidad y el envejecimiento de la población), otros se mantienen, como es la existencia de unas tecnoeconomías superdesarrolladas que generan la riqueza suficiente como para hacer frente a las nuevas situaciones de necesidad a través del sistema público de protección social. Quizá haya que realizar cambios en su sistema de financiación desplazando el centro de gravedad desde las cotizaciones hacia los impuestos para mitigar el envejecimiento de la población, ya que los trabajadores, cuando pasan a ser pensionistas, dejan de cotizar a la Seguridad Social pero no dejan de pagar impuestos. Probablemente también habrá que establecer prioridades claras respecto al gasto público que antepongan la protección social de los ciudadanos frente a otros gastos superfluos o menos importantes. Lo que a mi criterio no cabe defender en ningún caso es que la Seguridad Social no sea más necesaria y viable que nunca.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. La población española en las últimas décadas del siglo XIX. En VV. AA. *España entre dos siglos. XIX-XX* (director JOSÉ GIRÓN), Fundación Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 2000, pág. 209.

¹⁷⁹ <http://www.ine.es/inebase2/datos.jsp>.

¹⁸⁰ TORRENTE GARI, S. *Los problemas jurídicos de las situaciones de dependencia en casos de discapacidad y minusvalía con causa en el trastorno mental grave. Propuestas hermenéuticas*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, pág. 13. En similares términos SENNETT, R. *La cultura del nuevo capitalismo* cit., pág. 164.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. La población española en las últimas décadas del siglo XIX cit., pág. 210.

¹⁸² <http://www.ine.es>.

El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución¹

José Antonio Estrada Marún

Doctorando en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 13.07.2011

Aceptado: 02.11.2011

Resumen: El retraso en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional amenaza con convertirse en uno de los principales problemas de la composición de los órganos especializados de la jurisdicción constitucional. No se trata de un mero incumplimiento formal de plazos que pueda banalizarse, sino que estamos en presencia de una actitud más grave que muestra el comportamiento estratégico de las fuerzas políticas para influir en la composición del supremo intérprete de la Constitución. Esta situación interfiere el funcionamiento ordinario del Tribunal y no coloca al juez constitucional en la mejor posición para ejercer sus delicados cometidos institucionales. En este trabajo se presentan unas primeras observaciones del retraso en la designación de magistrados constitucionales en España y se somete a discusión una propuesta para evitar el problema.

Palabras Clave: Derecho constitucional, Tribunal Constitucional, Juez constitucional, designación de magistrados constitucionales, retraso en la elección de magistrados constitucionales.

Abstract: *The delay in the election of judges of the Constitutional Court threatens to become one of the main problems of the composition of the specialized bodies of constitutional jurisdiction. It is not just a formal breach of terms that can be trivialized, but we are in the presence of a more serious problem that shows the strategic behavior of political forces to influence the composition of the supreme interpreter of the Constitution. This interferes with the ordinary functions of the Court and does not put the constitutional judge in the best position to exercise their delicate institutional roles. This paper presents some initial observations of the delay in the election of constitutional judges in Spain and introduces a proposal to avoid the problem.*

Key Words: *Constitutional law, Constitutional Court, constitutional judge, election of constitutional judges, delay in the election of constitutional judges.*

¹ Quiero agradecer profundamente la lectura y las finas observaciones realizadas a este trabajo por la profesora Ascensión Elvira Perales y el profesor Luis Pomed Sánchez, las cuales han beneficiado la confección del texto. Cualquier errata que se detecte corresponderá, desde luego, a mi exclusiva responsabilidad.

SUMARIO. 1.- Introducción. 2.- La especial relevancia del acto de designación de los magistrados constitucionales. 3.- La composición del Tribunal Constitucional. 4.- La designación de los magistrados constitucionales. 5.- La “toma de decisión”. 6.- El retraso en la designación de magistrados constitucionales. 7.- Construyendo una propuesta de solución.

1. Introducción

En el historial de las renovaciones de los magistrados del Tribunal Constitucional ha habido casos en que los órganos facultados constitucionalmente para designarlos no han concluido en tiempo el procedimiento selectivo. Como muestra más reciente de lo anterior, recuérdese la designación de magistrados constitucionales realizada por el Senado con un retraso nunca antes visto de tres años². Por otro lado, considérese el retraso en el que actualmente (julio de 2011) incurre el Congreso de los Diputados para renovar el turno de magistrados cuyo mandato finalizó el pasado mes de noviembre de 2010.

Esta no es, sin embargo, la primera vez que el Senado y el Congreso experimentan retrasos prolongados en la designación de los magistrados constitucionales, ni han sido tampoco los únicos órganos proponentes de magistrados constitucionales que han incurrido en dilaciones de esta naturaleza, sino que todos los órganos llamados a seleccionarlos, en alguna medida, las han llegado a generar. No obstante, deben destacarse significativamente los retrasos ocasionados por los órganos legislativos, porque son los que con mayor frecuencia y prolongación los han padecido, lo que sin duda alguna, está constituyendo uno de los principales problemas de la composición del Tribunal Constitucional español.

El Tribunal Constitucional (TC) no es tampoco el único órgano en España que se ha visto afectado por los retrasos parlamentarios en la designación de sus miembros, puesto que existen precedentes importantes en la designación de los integrantes del Tribunal de Cuentas, del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), del Defensor del Pueblo, entre otros³.

² El periodo de cargo de los magistrados había finalizado en diciembre de 2007 y fueron renovados hasta la sesión plenaria del Senado del 1 de diciembre de 2010. Las designaciones recayeron en Adela Asúa Batarrita, Francisco José Hernando Santiago, Luis Ignacio Ortega Álvarez, y Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Ver, Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, no. 103, sesión plenaria de 1 de diciembre de 2010.

³ Sobre el retraso de medio año en la designación de diez vocales del CGPJ, ver Andrés Ibáñez, Perfecto, “La renovación del Consejo General del Poder Judicial”, *El País*, 5 de noviembre de 2001. En cuanto a la falta de designación del Defensor del Pueblo desde la expiración del cargo de Enrique Múgica Herzog el 30 de junio de 2010, puede verse una breve referencia a la interinidad de su titular en el Informe Anual a las Cortes Generales 2010, p. 4. La prensa en su momento recogió el retraso de diez meses en la designación de seis consejeros del Tribunal de Cuentas, ver a título de ejemplo la edición de 31 de octubre de 2001 del diario El País.

Por otro lado, es necesario considerar que el retraso de las Cámaras parlamentarias para designar a los magistrados constitucionales no es un problema que ocurra únicamente en España, sino que existen manifestaciones de esta índole en otros países que cuentan con un tribunal constitucional o bien otro órgano especializado de jurisdicción constitucional, entre los que se pueden referir los casos de Italia, Alemania, Bélgica, Portugal, Eslovenia, Hungría, Nicaragua, Costa Rica, Perú, Ecuador, Bolivia, entre otros⁴.

Los datos anteriores, dan buena cuenta del grado de generalidad con el que se presenta este problema en la práctica, por lo que se plantea la necesidad de su atención y estudio. En este sentido, también se ha pronunciado la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en el marco del informe que realizó sobre la composición de los tribunales constitucionales, concluyendo en la necesidad de adoptar medidas para preservar las funciones de las cortes constitucionales, precisamente en los casos de inacción en la nominación de los jueces por la autoridad correspondiente⁵.

El retraso en la designación de magistrados constitucionales es un delicado problema para el Tribunal, porque constituye una interferencia a su funcionamiento ordinario, que no sólo afecta a su capacidad laboral, sino que también menoscaba la legitimidad y el reconocimiento social de sus delicados cometidos institucionales. La situación de interinidad de los magistrados prorrogados no los coloca en la mejor posición institucional para asumir y resolver los procesos constitucionales. El conflicto político generado en torno al retraso de la designación suele mostrar, así sea de forma aparente, cierta vinculación del magistrado con el partido político que lo propone, y en términos más generales, una suerte de influjo desproporcionado del poder legislativo sobre el TC nada deseable para la independencia del órgano.

El retraso en la designación de magistrados constitucionales implica necesariamente una flagrante violación a la Constitución. No se trata de un mero incumplimiento formal de plazos que pueda banalizarse, sino que estamos en presencia de una actitud más grave y reiterada que trastoca directamente las trazas del modelo de Tribunal Constitucional previsto en la Constitución, como lo es, cuando menos, el sistema de nombramiento, duración del cargo, y la renovación de los magistrados constitucionales.

Con todo ello, no resulta extraño el pronunciamiento crítico cada vez más generalizado de la opinión pública, de las asociaciones de juristas, o de los profesores universitarios, contra la conducta dilatoria de las fuerzas políticas para efectuar la designación. De igual forma, la doctrina comienza a partici-

⁴ Ver al respecto el trabajo elaborado por el Servicio de Estudio, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional titulado “Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales”, *REDC*, no. 61, 2001, pp. 209-237.

⁵ Se trata del documento con clave CDL-JU(1997)010fin, titulado “Rapport révisé sur la composition des Cours constitutionnelles”, el cual puede ser consultado en la página web de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa.

par en este debate⁶, aunque considero que actualmente el desarrollo de este tema sigue siendo una tarea pendiente. De ahí que me haya parecido pertinente la elaboración de este trabajo a fin de contribuir a buscar una forma de solucionar este problema para garantizar, en mayor medida, el desarrollo normalizado de las competencias del Tribunal Constitucional y su posición institucional.

En este estudio pretendo mostrar unas primeras observaciones sobre el retraso en la designación de los magistrados constitucionales introduciendo, por otro lado, una propuesta para evitarlo. Para ello, dedico algunos apartados a mostrar el contexto, la magnitud y sus consecuencias. Aunque el trabajo se circunscribe al caso español, algunas reflexiones podrían resultar de interés a otras experiencias de justicia constitucional debido a que la dilación en la selección de los jueces constitucionales amenaza con convertirse en uno de los principales problemas de la composición de los órganos especializados de la jurisdicción constitucional.

Quisiera finalmente mencionar dos circunstancias que van a caracterizar este trabajo. Una tiene relación con las fuentes de información y otra con la necesaria vinculación del comportamiento de las fuerzas políticas en el problema.

⁶ Entre los trabajos que aluden al tema pueden destacarse los de Fernández Segado, Francisco, “La estructura orgánica del Tribunal Constitucional”, en Trujillo, Gumersindo; López Guerra, Luis María y González-Trevijano, Pedro José (Dir.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, p. 446; Pauner Chulvi, Cristina, *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003, p. 187; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, *REDC*, no. 84, 2008, pp. 20-24; Aguiar de Luque, Luis, “Una nueva reflexión sobre la prorogatio de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría”, *REDC*, no. 85, 2009, p. 93; Cruz Villalón, Pedro, “El estado del Tribunal Constitucional”, en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica no. 569, UNAM, Max-Planck-Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2010, p. 723; Pajarés Montolio, Emilio (Coord.); Santaolalla López, Fernando; Pauner Chulvi, Cristina, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Foro democracia y representación, no. 20, Madrid, CEPC, 2010, 134 p; Alzaga Villaamil, Óscar, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Trotta, 2011, p. 83. En la doctrina italiana pueden mencionarse los trabajos de Miglio, Gianfranco, *Una Costituzione per i prossimi trent' anni. Intervista sulla Terza Repubblica a cura di Marcello Staglieno*, (3a. ed.), Roma, Laterza, 1991, p. 88-89.; Luther, Jörg, “I giudici costituzionali sono giudici naturali?”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 2501; Pinardi, Roberto, “Il problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici costituzionali tra regole convenzionali e rimedi de iure condendo”, *Giurisprudenza Costituzionale*, no. 48.3, 2003, p. 1852-1853; Vizioli, Nicola, “L'elezione dei membri della Corte Costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura da parte del Parlamento in seduta comune”, en VVAA., *Il rispetto delle regole. Iscritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, G. Giappichelli, 2005, pp. 247-255.

Respecto a la primera, considérese que en la actualidad existe un volumen importante de estudios sobre la interpretación constitucional, la independencia judicial y sobre aspectos orgánicos del TC, sin embargo, los procedimientos de designación no son tratados con extensión y lo mismo sucede con los retrasos parlamentarios en su ejecución. Esta circunstancia ha implicado que en el desarrollo del tema se observe entre las fuentes de información reiteradas citas a los boletines oficiales de los órganos legislativos, a las notas al pie en publicaciones periódicas, a las columnas de opinión, entrevistas o discursos de catedráticos y magistrados, a las Memorias del Tribunal Constitucional, a los medios de comunicación escrita, entre otras.

En cuanto a la segunda, creo necesario advertir que el incumplimiento de los órganos proponentes del deber de designar a los magistrados constitucionales en tiempo no se explica si sólo se atiende a las disposiciones jurídicas que norman el procedimiento de designación, debido a que es imprescindible fijar la atención en las circunstancias políticas que rodean el acto, y en alguna medida, en este trabajo se hará referencia a dichas vicisitudes.

2. La especial relevancia del acto de designación de los magistrados constitucionales

La relevancia específica del acto selectivo de magistrados constitucionales tiene su base en la propia configuración del Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución de 1978 (CE) de forma directa introdujo los atributos fundamentales de la composición, función y posición de la institución estatal, lo que cobra un especial significado pues con ello se corresponde a uno de los criterios que la doctrina generalmente ha formulado para identificar a los denominados “órganos constitucionales del Estado”.

La noción que se ha elaborado de “órgano constitucional” implica que son entidades que participan en el proceso de dirección política del Estado, son órganos que ejercen poder soberano y colaboran con la formación de la voluntad estatal. Son órganos que gozan de un ámbito de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria. Tienen con respecto al resto de órganos constitucionales una posición de paridad, aunque ello no excluye la existencia entre ellos de controles recíprocos. Entre otras características, se considera además que son órganos necesarios que determinan la forma de gobierno, y que configuran e integran al Estado⁷.

La relevancia del Tribunal Constitucional como órgano constitucional del Estado se destaca además por el concreto contenido de las atribuciones que le reserva la Constitución y su Ley Orgánica (LOTG). El Tribunal se convierte en la institución que además de tutelar en última instancia los derechos fun-

⁷ García-Pelayo, Manuel, “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”, *REDC*, no. 1, 1981, p. 13.

damentales y controlar la regularidad de la distribución de competencias entre los órganos y entidades territoriales del Estado, vela por la adecuación a la Constitución de las normas con rango de ley, lo que la hace competente para conocer y resolver buena parte de los conflictos políticos que se generan entre las mayorías y las minorías parlamentarias, regularmente sobre los temas más sensibles de una sociedad: aborto, matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia, distribución territorial y funcional del poder, entre otras.

Los partidos políticos son conscientes de que en determinado momento tendrán que llevar a cabo sus funciones de acuerdo a los dictados contenidos en las resoluciones del Tribunal Constitucional, por lo que resulta consecuente que busquen la manera de ejercer determinada influencia sobre ese órgano a través de la participación que ostentan en la designación de sus miembros.

Finalmente conviene introducir la apreciación de que no se trata de un procedimiento selectivo de personal de tipo funcional como podría ser la oposición o el concurso, sino que atendiendo a las delicadas competencias del Tribunal Constitucional y el sentido interés que muestran los políticos en la designación de sus miembros, el acto selectivo se convierte en una decisión estratégica y relevante porque adquiere “sentido de Estado” o de dirección política del mismo.

3. La composición del Tribunal Constitucional

El modelo de composición del Tribunal Constitucional recibe de la Constitución su expresión en el artículo 159.1 en los términos siguientes: “El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría: dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

El modelo ideado involucra la participación de los poderes del Estado según la clásica teoría de la tripartición en ejecutivo, judicial y legislativo, pero con la acentuada intervención de éste último. Aunque cabe advertir que la participación prevista para la Corona sólo perfecciona formalmente el nombramiento de los magistrados constitucionales, puesto que no ejerce influencia alguna sobre los órganos proponentes: Gobierno, CGPJ, Senado y Congreso.

En cuanto al preponderante papel que desempeñan las Cámaras parlamentarias que eligen a ocho de los doce miembros del TC, se ha señalado que expone al Tribunal a su politización⁸, sin embargo, el modelo contiene un

⁸ Para González Pérez el predominio del legislativo “excede de lo razonable”, para Espín Templado “hace posible alcanzar una cierta sintonía de la Nación y la interpretación de la Constitución por parte del Tribunal”. Ver, respectivamente, González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1980, p. 88; Espín Templado, Eduardo, “Artículo 16”, en Requejo Pagés, Juan Luis (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 298.

marco de características que pretenden garantizar la independencia del Tribunal frente al origen político de su nombramiento⁹, entre las cuales, se destacan las exigencias a determinados órganos proponentes de mayorías cualificadas para alcanzar el acuerdo de designación, la renovación periódica del cargo por terceras partes cada tres años sin reelección inmediata, la cualificación técnico-jurídica de los magistrados, y un determinado estatuto jurídico de los mismos.

El Tribunal se compone de 12 miembros nombrados para un periodo de cargo de de nueve años (159.3 CE y 16.3 LOTC). Los magistrados del máximo intérprete de la Constitución deben ser nombrados de entre ciudadanos españoles que sean Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados. Es necesario además, que los candidatos posean “reconocida competencia”, y que cuenten con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función. Por otro lado, no se prevé una edad mínima para acceder al cargo, tampoco existe un sistema formal de cuotas para la asignación de magistrados constitucionales que atienda a las diversas carreras jurídicas que refiere el artículo 159.2 de la CE, ni relacionadas con cuestiones de género, lengua o ámbito territorial como sí sucede en otras experiencias extranjeras del entorno¹⁰.

El sistema de renovación de los magistrados está diseñado para que cada tres años se designen cuatro de ellos, es decir, el órgano se renueva por terceras partes cada trienio. En una ocasión corresponderá seleccionarlos al Senado, en el siguiente periodo al Congreso de los Diputados, en otros tres años y de manera conjunta, al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial, y así sucesivamente¹¹.

⁹ Para Alzaga Villaamil el modelo tiene previsto una serie de garantías que constituyen la contraparte del origen político de su nombramiento, y para Fernández Segado el modelo contiene “frenos frente a la politización”. En, Alzaga Villaamil, Oscar, “Sobre la composición del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 10-1, 2003, p. 167. Fernández Segado, Francisco, “Artículo 159”, en Alzaga Villaamil, Oscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo 12, Madrid, Cortes Generales, EDESA, 1999, p. 94-95.

¹⁰ Por ejemplo en Bélgica, el Tribunal de Arbitraje se compone de doce miembros, de los cuales la mitad debe ser de expresión lingüística francesa y el resto forma el grupo lingüístico neerlandés. En Alemania, de los dieciséis integrantes del Tribunal Constitucional Federal seis deben ser jueces federales. En el Consejo Constitucional francés está prevista la integración de miembros natos, esto es, de los expresidentes de la República. En Portugal seis de las trece plazas del Tribunal Constitucional deben ser ocupadas obligatoriamente por jueces de los demás tribunales y las siete restantes quedan reservadas a los “juristas”. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 64, 132, 102 y 127, respectivamente.

¹¹ La agrupación de nombramientos de los magistrados en terceras partes y el comienzo de la cadencia de renovaciones quedó establecida en la Disposición Transitoria Novena de la Constitución.

La característica de renovación parcial constituye una seña particular del modelo de renovación personal del Tribunal Constitucional español puesto que no es generalmente empleada en las experiencias europeas de justicia constitucional, a excepción de Francia. La doctrina, por otro lado, la entiende como una medida para evitar que la composición del TC propenda a irradiar de manera excesiva “la mayoría parlamentaria existente en un momento dado, permitiendo sin embargo un progresivo reflejo de las nuevas mayorías que puedan surgir posteriormente”¹². De igual forma, evita cambios bruscos en la composición del Tribunal¹³, estableciendo una dinámica de acoplamiento didáctico entra la nueva y anterior promoción de magistrados en la institución.

La renovación debe activarse, como mínimo, antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración del nombramiento del magistrado. Esta tarea corresponde a la presidencia del Tribunal Constitucional quien debe solicitar a sus homólogos de los órganos que han de hacer las propuestas de designación de los nuevos magistrados, que inicien el procedimiento para ello (17.1 LOTC).

Si la selección se retrasa, los magistrados que han cesado en el cargo continúan “en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles” (17.2 LOTC). En este caso, a los nuevos magistrados que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación (17.5 LOTC). Los miembros del TC no pueden ser reelegidos para un periodo inmediato, a menos que el magistrado haya ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años.

Por otro lado, conviene señalar que el sistema de renovación por tercios no es el único utilizado para designar a los magistrados constitucionales, pues se encuentran los supuestos para cubrir vacantes, tales como el fallecimiento, renuncia, incapacidad, incompatibilidad sobrevenida, entre otras (23 LOTC). Estas vacantes, según el recientemente adicionado párrafo quinto del 17 LOTC, “serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase”.

4. La designación de los magistrados constitucionales

Lo primero que habría que resaltar es la previsión de muy pocos aspectos del procedimiento de elección de los magistrados constitucionales tanto en la Constitución como en la LOTC, lo que hace suponer que el legislador prefirió dejar la regulación concreta del procedimiento a las normas de desarrollo que rigen a los órganos proponentes.

¹² Espín Templado, Eduardo, “Artículo 16”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, p. 299.

¹³ Fernández Segado, Francisco, “Artículo 159”, *Comentarios a la Constitución española...*, p. 116.

En cualquier caso, desde una perspectiva muy general y atendiendo a la normativa que disciplina a los órganos proponentes, se puede mencionar que el procedimiento que llevan a cabo éstos para designar a los magistrados constitucionales se corresponde a un modelo compuesto de una primera etapa de propuesta y valoración de candidatos a cargo de una comisión, y de una segunda etapa donde aquélla eleva la propuesta al Pleno para que realice la elección con las mayorías calificadas exigidas¹⁴.

En el caso del CGPJ será la Comisión de Calificación a que hace referencia el artículo 135 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial la encargada de emitir un informe para que el Pleno decida con el voto favorable de tres quintos de sus miembros. El Gobierno es el único órgano proponente sobre el cual no se exige una específica mayoría para acordar la selección del magistrado, lo que resulta coherente si se atiende a la preeminencia que ostenta el Presidente dentro del Consejo de Ministros. Se entiende que dentro del proceso de selección existe un mecanismo de análisis previo de los nombres propuestos realizado por la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, ya que es la encargada de la preparación de todos los asuntos que vayan a someterse a la aprobación del Consejo de Ministros, según lo disponen los párrafos cuarto y quinto del artículo 8 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG). De cualquier modo, es complicado averiguar la forma en que ha sido perfilada la propuesta del magistrado debido al carácter secreto de las deliberaciones del propio Consejo de Ministros (5.2 LG).

En el Congreso de los Diputados será la Comisión Consultiva de Nombramientos la encargada de informar al Pleno acerca de la idoneidad de los candidatos presentados por los Grupos Parlamentarios, por otro lado, en el Senado es a través de la Comisión de Nombramientos que se prepara la propuesta de designación para presentar en el Pleno, destacando la previsión introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo que modifica la LOTC¹⁵,

¹⁴ Ver al respecto el trabajo de Fernández Segado, Francisco, "El procedimiento de elección de los magistrados constitucionales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, no. 77, 1991, p. 174.

¹⁵ Esta reforma, a diferencia de las anteriores que se han efectuado, incidió acusadamente en un elevado número de aspectos de trascendencia, que efectivamente ha representado la más amplia y generalizada modificación a la LOTC (32 artículos modificados, 1 disposición adicional y 1 final). Entre las obras que ha sido objeto de estudio se encuentran las de: Balaguer Callejón, Francisco, (Coord.); Cámara Villar, Gregorio; Medina Rey, Luis Felipe, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, 202 pp.; Fernández Segado, Francisco, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de Amparo*, Madrid, Dykinson-Constitucional, 2008, 197 pp.; Carrillo, Marc (Coord.), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 397 pp.; García Vázquez, Sonia, *La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (2ª Ed.), Santiago de Compostela, Andavira, 2009, 163 pp.

por la que previó la posibilidad de que las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas presenten propuestas de magistrados constitucionales que, igualmente serán valoradas por la Comisión, y luego presentadas al Pleno¹⁶.

Conviene señalar una disposición legal que no está contemplada para las designaciones de magistrados del Gobierno y del CGPJ, pero que sí está prevista expresamente en el 16.3 LOTC para las designaciones del Senado y Congreso. Se trata, igualmente de una novedad introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, consistente en la obligación de comparecencia personal de los candidatos ante la respectiva Comisión de nombramientos de la cámara electora.

5. La “toma de decisión”

El artículo 159.1 CE exige que el acuerdo de designación por parte del Congreso y el Senado cuente con el voto favorable de la mayoría de tres quintos de sus miembros. La mayoría que se requiere resulta muy elevada, incluso se trata de la misma que se exige para realizar inicialmente las reformas constitucionales por el procedimiento ordinario (167.1 CE). El establecimiento de esta elevada mayoría obliga en la práctica a que la decisión deba ser acordada entre al menos dos de las principales fuerzas políticas representadas en el Par-

¹⁶ Esta reforma, no contó con el apoyo del Partido Popular al considerar que la misma era inconstitucional al desapoderar al Senado de la facultad de designar a los magistrados libremente pues ahora debía constreñirse a las propuestas remitidas por los Parlamentos autonómicos. El conflicto dio lugar a las SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio, las cuales no han sido bien recibidas por la doctrina. Ver al respecto, a Pulido Quecedo, Manuel, “El juicio del Tribunal sobre su ley orgánica (Entre la oportunidad y la constitucionalidad)”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, no. 6, julio, 2008, pp. 9-11; Sanz Pérez, Ángel, “Comentario a la STC 49/2008: Las fuentes del Derecho parlamentario y el Senado”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, no. 9, septiembre, 2008, pp. 13-28; Fernández-Carnicero González, Claro José, “La STC 49/2008, una sentencia desfalleciente”, *Aranzadi del Tribunal Constitucional*, no. 10, octubre, 2008, pp. 13-16; Carrillo, Marc, “Comentario a la STC 49/2008, de 9 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729/2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, contra el artículo único, apartados seis y siete, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional”, en Carrillo, Marc (Coord.), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional...*, pp. 261-292; Torres Muro, Ignacio, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba (SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio)”, *Revista General de Derecho Constitucional*, no. 6, septiembre, 2008, pp. 1-26; Soriano Hernández, Enrique, “Los Magistrados de las CC AA y del Senado: Comentario a la STC 101/2008, de 24 de julio. Apostillas a la STC 49/2008”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, no. 16, 2009, pp. 13-30; Urías, Joaquín, “El Tribunal Constitucional ante la participación autonómica en el nombramiento de sus miembros”, *Revista d’ Estudis Autonòmics i Federals*, no. 10, abril, 2010, pp. 207-244.

lamento para poder alcanzarla, con lo cual, se garantiza que la designación no venga monopolizada por el partido político mayoritario.

Este acuerdo parlamentario de designación de magistrados puede generarse de al menos dos formas: una primera podría ser a través del consenso, es decir del convencimiento y adición de la mayor cantidad de voluntades políticas en torno al nombre del magistrado que pretende seleccionarse, o bien podría ser mediante un sistema que se ha denominado “de cuotas” o “consenso previo”, método no escrito en el que se hace un reparto de cargos entre los Grupos Parlamentarios atendiendo a su intensidad numérica.

El mecanismo que se ha impuesto en la práctica parece ser este último. En este sentido, cuando se ha presentado la oportunidad de cubrir las vacantes de un periodo de renovación en el TC a cargo de las Cámaras Parlamentarias, las cúpulas de los dos grandes partidos políticos son las que proceden a la negociación del reparto de las plazas para cada uno y los nombres de las personas en quienes recaerá el cargo, “una vez logrado el acuerdo, los dirigentes de cada Grupo transmiten las oportunas instrucciones a sus parlamentarios, que se limitan a ratificar formalmente el acuerdo logrado en sede extraparlamentaria”¹⁷. En tales circunstancias, el consenso se ha entendido como una “negociación y reparto de puestos a cubrir en el que no ha importado tanto el perfil de los propuestos como conseguir la aceptación de los propios a cambio de transigir en el nombramiento de los candidatos presentados por otro/s grupo/s parlamentario/s”¹⁸.

En el reparto de propuestas, suele adjudicarse dos de los cuatro puestos vacantes al partido que se ha hecho con la mayoría, uno de los puestos más se otorga al principal partido de la oposición y el puesto restante podría resultar de un efectivo ejercicio de propuesta, deliberación y consenso entre las diversas fuerzas políticas parlamentarias. En alguna ocasión, cuando los dos partidos mayoritarios han conseguido el acuerdo bilateral, no sólo no han incluido a los candidatos que pudieran presentar los grupos minoritarios, sino que han prescindido abiertamente de ellos en el proceso mismo de negociación¹⁹. Otras veces los partidos mayoritarios no han logrado el acuerdo entre ellos, por lo que acuden a la negociación con los partidos minoritarios y en-

¹⁷ Fernández Segado, Francisco, “La estructura orgánica del Tribunal Constitucional”..., p. 442.

¹⁸ Pauner Chulvi, Cristina, *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003, p. 146.

¹⁹ Por ejemplo, en el caso de la tercera renovación de magistrados constitucionales a cargo del Congreso de los Diputados en 2001, las fuerzas mayoritarias excluyeron de la negociación al Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió. Ver, al respecto, tales manifestaciones expresadas por el portavoz de dicho grupo en, Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, no. 346, VII Legislatura, sesión no. 3, comisión consultiva de nombramientos, 25 de octubre de 2001, p. 11229.

tonces ambas formaciones mayoritarias presentan listas confrontadas a la votación plenaria²⁰.

La designación de magistrados constitucionales por el sistema de cuotas, como lo expresa Espín Templado, presenta el inconveniente de que “al trascender a la opinión pública las propuestas iniciales de cada partido los candidatos elegidos pueden resultar en cierto modo marcados para algunos ciudadanos, con el consiguiente riesgo de aparente politización”²¹. O bien, como lo expresa Alzaga Villaamil, “dicho método conduce a que tanto en el mundillo de los profesionales del Derecho como, con frecuencia, entre los meros lectores de la prensa diaria, se convierte en *vox populi*, en cada renovación, qué magistrados lo son a propuesta del PP, quiénes a propuesta del PSOE, y cual ha sido laboriosamente consensuado. Este etiquetado público de los Jueces constitucionales, aún antes de que hayan tomado posesión, como conservadores o progresistas es un flaco servicio que se le hace a la imagen de independencia frente a los partidos políticos, deseable en todo magistrado, y es un factor que en nada contribuye al necesario prestigio del Tribunal Constitucional a la hora de desempeñar sus delicadas funciones”²².

El consenso previo para repartir las propuestas entre las fuerzas parlamentarias parece una práctica bastante difundida en el Parlamento: en efecto, todo parece indicar que “hoy, nadie convence a nadie en una interlocución pública y ritual”²³, sino que las decisiones son prefijadas de antemano por los líderes de las fuerzas políticas y luego son transmitidas a los parlamentarios mediante reglas disciplinarias de partido y finalmente son trasladadas a la sede parlamentaria, para dar cumplimiento al trámite de forma ritual. Esta misma tendencia parece también avalada por el Derecho comparado, concretamente en experiencias de justicia constitucional del entorno como puede ser la italiana, alemana, portuguesa, entre otras.

Ese reducido grupo de personas en quienes recae el efectivo peso de la negociación desarticula la idea que intenta darse con la designación de los magistrados a cargo del legislativo, según la cual, pretende imprimirse en el acto selectivo la participación de un órgano plural y representativo²⁴.

²⁰ Un episodio de tales características puede verse en la segunda renovación de magistrados constitucionales a cargo del Congreso de los Diputados, en el cual el PSOE y Convergencia i Unió, presentaron una lista y por otro lado, el PP confeccionó una diversa. Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, no. 203, IV Legislatura, sesión plenaria de 25 de junio de 1992, pp. 10006-10011.

²¹ Espín Templado, Eduardo, “Artículo 16”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, p. 297.

²² Alzaga Villaamil, Oscar, “Sobre la composición del Tribunal Constitucional”..., p. 179.

²³ López Aguilar, Juan Fernando, *Minoría y oposición en el parlamentarismo: una aproximación comparativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1991, p. 239.

²⁴ En el diario El País, en su edición de 17 de junio de 1998, Eliseo Aja, en la nota titulada “La elección de magistrados del Tribunal Constitucional” consideró que el reducido grupo de personas que tomaban la decisión planteaba un “déficit democrático” respecto a la norma constitucional que exige que los magistrados sean nombrados por una mayoría de tres quintos de los senadores.

6. El retraso en la designación de magistrados constitucionales

El proceso de negociación política no sólo se ha convertido en la mayoría de las veces en un espectáculo poco edificante sino que también se ha prolongado más allá del tiempo en que debía ejecutarse la designación de los nuevos magistrados constitucionales. La prensa ha reflejado cómo las fuerzas políticas llegan a anunciar que el acuerdo está casi cerrado, para informar lo contrario al día siguiente en medio de un clima de acusaciones mutuas sobre la intransigencia del otro. Los partidos políticos no han mostrado reparos en posponer la renovación de los magistrados constitucionales a la realización de comicios autonómicos, al debate sobre el estado de la nación, a resoluciones de recursos de inconstitucionalidad, a disculpas públicas de un Ministro por sus declaraciones, o a la espera de que se genere un ambiente político más propicio para el acuerdo o mejor dicho, para anteponer a su obligación de nombrar en tiempo a los magistrados constitucionales, intereses de partido.

Las dilaciones que los órganos parlamentarios han generado son, cuando menos, preocupantes. Para apreciar la magnitud de las dilaciones referidas, considérese que todos los procedimientos de renovación grupal de magistrados constitucionales a cargo del Congreso de los Diputados se han realizado con retrasos importantes. En la primera renovación (1983), el nombramiento de Rubio Llorente, Díez de Velasco, Tomás y Valiente, y Truyol Serra, se realizó con ocho meses de dilación²⁵; en la segunda renovación (1992), la designación de Mendizábal Allende, Cruz Villalón, González Campos y Viver

²⁵ El retraso en la designación de los magistrados transcurrió entre los meses de febrero y septiembre de 1983. La sesión plenaria del Congreso de los Diputados en la que fueron electos es del 27 de septiembre de 1983 y la misma está publicada en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, no. 58, II Legislatura, pp. 2734-2735. Sin embargo, en esta publicación no quedó asentado el retraso con el que se efectuaba el nombramiento. No obstante, una referencia de esa dilatada designación sí que puede observarse en el Diario de Sesiones de la segunda renovación de magistrados a cargo del Congreso, en voz del diputado Martín Toval. Ver al respecto, Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, no. 203, IV Legislatura, sesión plenaria de 25 de junio de 1992, p. 10009. De igual forma se alude al retraso en el trabajo de Fernández Segado, Francisco, "El procedimiento de elección de los magistrados constitucionales"..., p. 168. Es necesario mencionar que en esta ocasión, los nombramientos recayeron en las mismas personas que conformaban el grupo que debía renovarse, esto es, no accedieron nuevos integrantes, sino que se efectuó una reelección. Esta reelección fue posible debido al art. 16.4 LOTC, que la permite en los casos que el magistrado haya ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años. Los cuatro magistrados de nómina congresual no habían ocupado el cargo por más de tres años ya que fueron el grupo afectado por el sorteo previsto en la Disposición Transitoria Novena de la CE, por medio de la cual, para la puesta en marcha del modelo de renovación parcial del Tribunal, dispuso que un grupo de cuatro miembros de la misma procedencia electiva tendría que cesar y renovarse a los tres años de la primera elección de los magistrados constitucionales.

Pi-Sunyer, tuvo lugar con cuatro meses de retraso²⁶; en la tercera renovación grupal (2001), la elección de García-Calvo y Montiel, Delgado Barrio, Gay Montalvo, y Pérez Vera, se efectuó casi cuatro meses después de la fecha en que había finalizado el mandato de los magistrados cesantes²⁷, finalmente, la cuarta renovación, se encuentra al día de hoy (julio de 2011), acumulando un retraso de ocho meses²⁸.

El incumplimiento del Congreso de los Diputados en la designación de los magistrados constitucionales en tiempo no varía mucho de lo que ha sucedido en el Senado. Esta Cámara Alta efectivamente en su primera renovación grupal (1989), proveyó de manera puntual sus cuotas de magistrados, sin embargo en la segunda renovación (1998), la elección de Casas Baamonde, Conde Martín de Hijas, Garrido Falla y Jiménez Sánchez, tuvo un retraso alarmante de diez meses²⁹, y la tercera renovación (2010), definitivamente sobrepasó con mucho, todos los precedentes, al efectuarse con tres años de retraso³⁰.

La dilación en la designación de los miembros del TC no sólo se ha manifestado en los supuestos de renovación parcial de magistrados constitucio-

²⁶ Los magistrados cesaron en su cargo en el mes de febrero de 1992 y fueron designados los sucesores hasta el mes de junio del mismo año. Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, no. 203, IV Legislatura, sesión plenaria de 25 de junio de 1992, p. 10009. Ver además, la nota de Pérez Royo, Javier, "Una mala noticia. La renovación del Tribunal Constitucional". *El País*, 13 de marzo de 1992.

²⁷ El retraso de casi cuatro meses se efectuó entre julio y octubre de 2001. Ver, Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, no. 346, VII Legislatura, sesión no. 3, comisión consultiva de nombramientos, 25 de octubre de 2001, p. 11222.

²⁸ El periodo de cargo de los magistrados salientes finalizó el 8 de noviembre de 2010, puesto que sus nombramientos fueron publicados el 7 de noviembre de 2001 en el BOE (Reales Decretos 1218/2001, 1219/2001, 1220/2001, 1221/2001, todos de 6 de noviembre). De las cuatro plazas pendientes de renovación, una permanece vacante desde el 18 de mayo de 2008, por el fallecimiento del magistrado Roberto García Calvo. El 13 de junio de 2011, los magistrados Javier Delgado Barrio, Elisa Pérez Vera, Eugeni Gay Montalvo, presentaron sus cartas de renuncia por haber expirado su periodo de cargo, pero no fueron aceptadas por el Presidente del Tribunal Constitucional.

²⁹ Ver al respecto, la referencia que se hace del retraso acaecido en 1998, en el discurso del Presidente del Tribunal Constitucional, Pedro Cruz Villalón, con motivo del XX Aniversario del Tribunal, recogido en el anexo V de la Memoria 2000 del Tribunal Constitucional. Resultan además de interés los siguientes comentarios: Pérez Royo, Javier, "De mal en peor", *El País*, 10 de noviembre de 1998; Pradera, Javier, "Manoseos partidistas", *El País*, 23 de diciembre de 1998.

³⁰ El periodo de cargo de los cuatro magistrados designados en 1998 finalizó en 2007 y hasta el primero de diciembre de 2010 fueron designados los sucesores (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, no. 103, sesión plenaria de 1 de diciembre de 2010). Un señalamiento crítico con el retraso de tres años en la designación de los magistrados constitucionales puede verse en el discurso de la Presidenta del Tribunal Constitucional, en el acto de la renovación parcial. En efecto, tal y como lo refiere, se trata del "mayor de la historia de este tribunal". El discurso se encuentra en el anexo V de la Memoria 2010 del Tribunal Constitucional.

nales, sino que también ha incidido en la mayoría de los casos de cobertura de vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del mandato, concretamente en los supuestos de dimisión y fallecimiento. En este sentido, ha resultado habitual observar la sustitución de magistrados varios meses después de haber presentado la dimisión o con significativa posterioridad al fallecimiento del mismo.

En efecto, en el Congreso, la sustitución de Menéndez y Menéndez en 1980, se llevó a cabo casi tres meses después de que dimitiera³¹; en 1990, la sustitución de Truyol Serra tuvo que esperar seis meses posteriores a su dimisión para que se efectuara³², y desde el fallecimiento de García-Calvo y Montiel, en mayo de 2008, no se ha nombrado a quien ocupe la plaza, sumando ya un periodo de retraso de 38 meses (julio de 2011). Por otro lado, en el Senado se registra el caso de la dimisión del magistrado de los Mozos y de los Mozos, en la que se procedió a la designación de su relevo ocho meses después de que le fuera aceptada la renuncia³³.

El retraso parlamentario en la designación de los magistrados constitucionales, como puede verse, ha sido un fenómeno periódico, pero lo más inquietante es que comienza a apreciarse una cierta tendencia a la complicación del problema. La conducta dilatoria trae también aparejada una evidente alteración del modelo composición del TC ideado por el constituyente y el legislador, ya que el ordinario proceso de renovación escalonado es interrumpido o desfasado por razones estratégicas ajenas a la justicia constitucional. En efecto, si las designaciones se realizan con retraso, se genera una tensión entre el precepto constitucional que fija los nueve años de duración del cargo de magistrado con el que prevé la renovación trienal del TC por terceras partes, debido a que no pueden respetarse ambos al mismo tiempo.

³¹ La renuncia del magistrado Aurelio Menéndez fue aceptada a principios de octubre de 1980 por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional Manuel García Pelayo, y fue sustituido por el magistrado Antonio Truyol Serra, designado por el Congreso de los Diputados el 29 de diciembre de 1980. (Cortes, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, no. 141, sesión plenaria de 29 de diciembre de 1980, pp. 9092-9093). Resulta de interés para conocer las razones de la dimisión, la entrevista realizada a Aurelio Menéndez por el diario El País, en su edición del 9 de octubre de 1980.

³² La prensa hizo eco de la carta de renuncia que entregó el magistrado Truyol Serra al Presidente del TC Tomás y Valiente el 5 de diciembre de 1989. El magistrado fue sustituido por José Gabaldón López en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados del 27 de junio de 1990. Ver respectivamente, la nota titulada “Antonio Truyol presenta su renuncia irrevocable al Tribunal Constitucional”, diario ABC, 6 de diciembre de 1989; Cortes Generales. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente, no. 47, IV Legislatura, sesión plenaria de 27 de junio de 1990, p. 2286.

³³ La renuncia del magistrado José Luis de los Mozos fue comunicada por la presidencia del Tribunal Constitucional el 11 de octubre de 1991, y el Senado designó como sustituto a José Gabaldón López en la sesión plenaria del 30 de junio de 1992. Cortes Generales. *Diario de Sesiones del Senado*, no. 122, IV Legislatura, sesión plenaria del 30 de junio de 1992, p. 6608.

Como bien lo explica Rubio Llorente, cuando la renovación de los magistrados cesantes se retrasa, los que vengan a sustituirlos, a veces muchos meses después del momento en que debió hacerse, verán su mandato acortado si la cadencia trienal se mantiene rigurosamente, de manera que su propia sustitución se haga exactamente en nueve años contados a partir de la fecha en que teóricamente debieron ser nombrados; en cambio, si para preservar su completo periodo de nueve años, el mismo se empieza a contar desde la fecha en que efectivamente tomaron posesión, la renovación del TC no podría ser trienal³⁴.

Esta evidente tensión entre ambos preceptos provocada por los retrasos en la renovación de magistrados no es reconciliable: o se atiende a la exacta renovación trienal disminuyendo el periodo de nueve años de los magistrados elegidos o bien se atiende a los nueve años completos del periodo de duración sacrificando el exacto cumplimiento de la renovación trienal.

Para preparar la renovación de los magistrados constitucionales a cargo del Congreso en 1992, el TC empezó a computar el periodo de mandato de los magistrados que habrían de renovarse, a partir del momento en que debieron ser designados y no en el que efectivamente fueron nombrados, de manera que los ocho meses que dilataron en efectuar su designación, a la postre, fueron los mismos que perdieron en el disfrute del periodo ordinario del cargo³⁵.

Por otro lado, en las renovaciones que tuvieron lugar en 2001 por el Congreso, el TC decidió cambiar de criterio y prefirió computar el plazo de funciones de los magistrados a partir de la fecha en que efectivamente fueron nombrados y respetar el disfrute del completo periodo del cargo, alargando consecuentemente, la renovación trienal en algunos meses. ¿Cuál de estos métodos sería el más adecuado? Sin intentar aquí agotar este debate, se puede mencionar que tanto Rubio Llorente³⁶, como Aguiar de Luque³⁷, están a favor de privilegiar la duración completa del periodo de nueve años de funciones de los magistrados por lo respetuoso que resulta del principio cardinal de la duración igual de los mandatos³⁸.

³⁴ Rubio Llorente, Francisco, "El Tribunal Constitucional", *REDC*, no. 71, Madrid, CEPC, 2004, pp. 14-15.

³⁵ *Ibid.*, p. 14. Aunque a su vez, su periodo de cargo se prorrogó por cuatro meses, tiempo que tardó el Congreso en nombrar a quienes habían de sucederles.

³⁶ Rubio Llorente, Francisco, "El Tribunal Constitucional"... , p. 16.

³⁷ Aguiar de Luque, Luis, "Composición y organización del Tribunal Constitucional". En, Aguiar de Luque, Luis y Pérez Tremps, Pablo (Dirs.), *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid, 2002, p. 34.

³⁸ El retraso parlamentario podría afectar de igual forma al periodo de duración ordinaria de tres años previstos por el 9.3 LOTC para los cargos de Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Al respecto puede citarse el caso de la presidencia de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, que duró menos de tres años (2 años, 8 meses y 3 semanas). Ver, Santolaya Machetti, Pablo, "Artículo 9", en Requejo Pagés, Juan Luis (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 225, nota al pie número 11.

Por mi parte, me adhiero al criterio de preferir la duración completa del periodo de cargo porque es una norma que resulta más protectora de la función, posición e independencia del juez constitucional, en cuanto a que favorece la certeza y tranquilidad que exige el ejercicio de la labor jurisdiccional del magistrado. Sin embargo, esta postura no ha sido compartida por el legislador. En efecto, la reciente reforma de la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, añadió un apartado 5º al artículo 16 de la LOTC, en la que estableció la sustracción del periodo de cargo el tiempo de retraso en la renovación por tercios, y además previó que la cobertura de plazas vacantes se harían “con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase”.

Como se puede observar, la reforma privilegió el precepto de la renovación escalonada de magistrados sobre la duración del periodo de cargo en nueve años, lo cual no parece lo más afortunado. Esto es así, porque el legislador se ha decantado por una norma más proclive a reforzar la facultad selectiva de magistrados de los órganos competentes, en lugar de preferir una que resultaba más garantista del núcleo del estatuto del magistrado constitucional.

Por otro lado, considerando esta reforma a la luz del problema del retraso parlamentario en la designación de magistrados, la misma no parece augurar los mejores resultados. En efecto, la legalización del retraso en la designación de magistrados no resulta un especial incentivo para que las fuerzas políticas procedan a efectuar la elección en tiempo, al contrario, la norma allana el camino para producirlo. La legalización del retraso otorga un generoso margen de maniobra a los órganos proponentes para confeccionar el nombramiento de los magistrados constitucionales. Dicho margen, permitirá a los partidos políticos mantener bloqueada la negociación hasta una mejor oportunidad de promover al candidato de su conveniencia, sin importar cuánto tiempo tarde en llegar ese momento.

Ahora bien, volviendo a las observaciones que se hacían al inicio de este epígrafe sobre los retrasos en que han incurrido los órganos parlamentarios en la designación de los magistrados constitucionales, es necesario apuntar que la conducta dilatoria de los partidos políticos suele desarrollarse sin que las autoridades de las Cámaras parlamentarias hayan mostrado algún propósito encomiable para impedirla, a través del ejercicio de sus facultades de gobierno, administración, disciplina, de observancia del Reglamento, de la cortesía y de los usos parlamentarios que ostentan institucionalmente al interior del órgano.

Evidentemente no existe un instrumento jurídico al alcance de las Cámaras parlamentarias o de otro órgano del Estado, incluso del mismo TC, que pueda ponerse en marcha para motivar eficazmente la designación de los magistrados constitucionales en tiempo y revertir la situación. En algunas ocasiones han sido los Presidentes del Tribunal Constitucional los que a través de sus discursos, memorias o comunicaciones a las Cámaras, han recordado a

los órganos proponentes la falta de elección de los magistrados, sin embargo estas acciones, por útiles que parezcan, no han resultado eficaces para impulsar a los partidos políticos a la provisión de los magistrados constitucionales³⁹.

Este comportamiento dilatorio de las fuerzas políticas no me parece incorregible. Es verdad que resultaría complicado conducir el comportamiento de las fuerzas políticas por una senda predeterminada, pero tampoco eso es lo que se pretende. Lo que sí estimo que podría idearse es una modulación de su conducta a través del diseño de un sistema institucional de renovación de los magistrados que sancione el incumplimiento de la renovación de los magistrados constitucionales en tiempo y que prevea de salidas alternativas al sistema de resultar bloqueado por los partidos políticos. Este trabajo pretende someter a discusión una propuesta para evitar el prolongado retraso en la designación de los magistrados constitucionales en el caso español y para ello se dedica el siguiente apartado.

7. Construyendo una propuesta de solución

7.1. La prorogatio y la vacancia del puesto

Se expresaba anteriormente que la eminente causa de las dilaciones excesivas en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales era el comportamiento de los partidos políticos al supeditar el deber de nombrar en tiempo a los magistrados constitucionales a sus intereses estratégicos; sin embargo, se debe considerar también que existe un elemento estructural que coadyuva a fomentar tan reprochables prácticas, esto es, la propia articulación de la *prorogatio* en el sistema español de renovación del juez de la Constitución. En efecto, el funcionamiento de este instituto jurídico, en el marco del sistema general de renovación de los magistrados, está siendo utilizado, en ocasiones, para fines ajenos para los que fue pensado y se requiere por tanto, la inserción de un ajuste al sistema en el que interactúa.

La prórroga del periodo de cargo de los magistrados constitucionales y el sistema de renovación de los mismos, tal y como actualmente se interrelacionan, no se encuentran condicionados a la concurrencia de requisito material alguno, no cuentan con un límite temporal preestablecido y tampoco prevén sistemas alternativos en caso de que sean mal utilizados.

Ciertamente, el artículo 17.2 LOTC, prevé la *prorogatio* en los siguientes términos: “los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el

³⁹ Entre los referidos documentos, resultan de especial interés los contenidos en la Memoria anual del Tribunal Constitucional. Específicamente los elaborados por la presidencia con motivo de la presentación de la obra o como anexo en los discursos con ocasión de la renovación parcial de magistrados. Véase al respecto, las Memorias de 2000, 2001, 2002, 2008, 2009 y 2010.

ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles”. Según la fórmula utilizada por el legislador, se entiende que la prórroga de los magistrados constitucionales salientes no necesita mayor procedimiento formal sino que opera de manera automática, comenzará con la fecha exacta en que el periodo del cargo de los magistrados salientes se ha agotado y finalizará hasta el momento en que materialmente tomen posesión quienes hubieren de sucederles, es decir, el límite temporal de la prórroga se deja en manos del órgano al que corresponda renovar a los magistrados.

En estas circunstancias, el órgano proponente podría prolongar a su arbitrio la prórroga ya que ésta no contiene elementos objetivos para finalizarla y además el TC carece de mecanismos jurídicos para hacerla cesar. Con estos elementos no podría descartarse una hipótesis en que las fuerzas políticas deliberadamente retrasen o bloqueen la renovación de los magistrados para mantener una composición del TC que estimen más conveniente a sus intereses, por ejemplo, de cara a la resolución de un determinado proceso constitucional. Si se considera además que la prórroga presupone que el órgano proponente no ha cumplido su deber constitucional de seleccionar a tiempo a los magistrados que le corresponde y que a este incumplimiento la ley no prevé una sanción, se podrá concluir que el diseño de la *prorogatio*, llega a consentir e incluso a estimular tan negligente comportamiento. Por ello, su diseño no es el más adecuado para evitar el retraso ya que no genera una presión efectiva en el sistema institucional para impulsar al órgano proponente a realizar la designación.

La prórroga, además, como señala Santamaría Pastor⁴⁰, es una técnica que por su naturalidad y aparente bajo coste, invita a su empleo sistemático; en un determinado caso, los partidos políticos pueden sostener a sus candidatos afines y si el acuerdo no fuese conseguido, a la postre, no se plantearía problema en cuanto al funcionamiento del órgano ya que éste no se interrumpiría; puede de igual forma, constituirse como un factor de deslegitimación del órgano prorrogado y de la totalidad de decisiones que adopta dañando la institución.

La prórroga podría generar además una sensación de interinidad que podría repercutir en el ánimo y funcionamiento de quienes se encuentran en dicha situación. En este sentido, parecen tomar relevancia las declaraciones que en su momento realizó a la prensa el Presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Tomás y Valiente, en medio del clima del retraso en la segunda renovación de magistrados a cargo del Congreso en 1992, cuando aseguraba que “aún el Constitucional continúa funcionando al 100 por ciento”, la actividad “no es enteramente normal porque” –dijo– “actuamos sin pro-

⁴⁰ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “La *prorogatio* de los órganos constitucionales..., pp. 20-24.

gramación”⁴¹. Quizás por todo ello, Santamaría Pastor sugiere la supresión de la *prorogatio* o, cuando menos, “un empleo limitadísimo de la misma”⁴².

Ahora bien, en tales circunstancias cabría plantearse si sería útil prescindir del instituto de la *prorogatio* para evitar el retraso parlamentario en la designación de los magistrados constitucionales. Al respecto, Santamaría Pastor⁴³ considera que su eliminación sería conveniente porque el eventual riesgo de paralización del Tribunal por falta de renovación de los magistrados, sería una situación mediáticamente tan escandalosa que podría resultar políticamente perjudicial a los grupos parlamentarios, lo que les constreñiría a conseguir un acuerdo para designar a los magistrados constitucionales dentro de los plazos. Sin embargo, habría que considerar que una eventual paralización del Tribunal constituye verdaderamente un supuesto muy lejano, ya que el quórum funcional del Pleno y las Salas es el de dos tercios de los miembros que en cada momento las compongan (art. 14 LOTC).

Además, como bien lo apunta Aguiar de Luque⁴⁴, no parece que la situación mediáticamente escandalosa que pudiera generarse vaya a impulsar a las fuerzas políticas, puesto que “siempre hay grupos que obtienen un mayor beneficio que otros con el mantenimiento del *statu quo* y con la actitud de bloqueo”. En efecto, baste recordar los episodios de selección de magistrados, para comprobar que el eventual desgaste político del prolongado retraso parlamentario en su designación, es excusado por estas reprochando la culpa a la fuerza contraria. Mientras tanto, el criterio que prevalece es usar el nombramiento como moneda de cambio para realizar las transacciones políticas más convenientes.

Frente a la tesis de Santamaría Pastor de una generalizada supresión de la *prorogatio*, Aguiar de Luque la considera aventurada, pero la estima viable, si se implementase con otras medidas que tomasen en cuenta las particularidades del Tribunal Constitucional, por ejemplo la regulación de las funciones que podría desempeñar este en la situación que excepcionalmente se colocaría con ocho de sus miembros; de antemano considera que “no tendrían por qué descartarse que las tareas habitualmente encomendadas a las Salas pudieran seguir siendo desempeñadas, incluso –si fuera necesario– rebajando el quórum actual para la constitución de éstas”. Sí cree en cambio, que el Tribunal reducido debería tener vedado la resolución de recursos de inconstitucionalidad para sentar nueva doctrina o conflictos de competencia⁴⁵.

⁴¹ Nota de El País de 31 de mayo de 1992, titulada “Tomás y Valiente propone una fórmula de autorrenovación del Constitucional”.

⁴² Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “La *prorogatio* de los órganos constitucionales...”, p. 19.

⁴³ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁴ Aguiar de Luque, Luis, “Una nueva reflexión sobre la *prorogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría”, *REDC*, no. 85, 2009, p. 90.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 93.

Ahora bien, sin intentar rebatir exhaustivamente las anteriores opiniones, en mi concepto no parece aconsejable la eliminación de la *prorogatio*. Para ello resulta de orientación el caso italiano, en el cual no se contempla dicha institución y cuya experiencia no parece aportar los mejores resultados. En efecto, el párrafo cuarto del artículo 135 de la Constitución italiana, establece expresamente que a la finalización del periodo de funciones del juez constitucional éste debe cesar en el cargo y en el ejercicio de las funciones. Consecuentemente si a la terminación del periodo de cargo del juez constitucional no se encontrase seleccionado el sucesor, el puesto quedará vacante.

En una ocasión, por falta de renovación parlamentaria de los jueces más la confluencia de legítimos impedimentos de otros, la Corte tuvo tantas ausencias que se vio obligada a no poder funcionar debido a la imposibilidad de lograr el quórum⁴⁶. Es verdad que se había tratado de un caso extremo, sin embargo, Roberto Pinardi reflejó bastante bien cómo desde 1959 a la fecha, se han presentado numerosos casos en que se ha retrasado la selección de los jueces constitucionales manteniendo a la Corte sin sus 15 miembros y arriesgándola cada vez más a eventuales parálisis⁴⁷. De ahí que incluso la misma doctrina italiana se haya planteado, la previsión de la *prorogatio* a fin de mantener completa la Corte. No obstante, también han reconocido algunos de los riesgos a los que ya se ha aludido en este trabajo sobre el uso de la prórroga, es decir, la posibilidad de que a través de ella se “dé vida a retrasos instrumentales, dirigidos a influir, en alguna medida, sobre la actividad decisoria del juez de las leyes”⁴⁸.

El TC español, como ya se ha mencionado, está conformado por 12 magistrados que se renuevan en grupos de cuatro cada tres años, lo que supondría que en el caso de que se genere un retraso parlamentario en la designación de los nuevos magistrados, la regla italiana de la supresión de la *prorogatio* y la vacancia del puesto, provocaría que el Tribunal estuviera fatalmente expuesto a quedarse sin cuatro integrantes cada tres años, lo que podría plantear en un caso extremo, una situación de inestabilidad que no parece la más óptima para el Tribunal Constitucional: ante la falta de sustitución de los cuatro

⁴⁶ Panizza, Saulle, “Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte Costituzionale”, en Romboli, Roberto (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, G. Giappichelli, 2005, p. 3, nota 7. De forma similar, en Ecuador un retraso de tres años en la sustitución parlamentaria de los magistrados constitucionales y pese a la *prorogatio* contemplada en el modelo ecuatoriano, provocó que en una ocasión no se alcanzara el quórum necesario al renunciar algunos magistrados prorrogados a continuar en el cargo (VV.AA., “Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales...”, p. 224, nota 29).

⁴⁷ Pinardi, Roberto, “Il problema dei ritardi parlamentari nell’elezione dei giudici costituzionali tra regole convenzionali e rimedi de iure condendo”, *Giurisprudenza Costituzionale*, no. 48.3, 2003, p. 1823-1824.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1847.

miembros podrían unirse supuestos de fallecimiento, recusación o legítimo impedimento de los magistrados, que colocarían al Tribunal en una situación quizás no de parálisis funcional⁴⁹ como sucedió en Italia, pero sí en una posición endeble para resolver los procesos constitucionales sin la completa integración de los titulares de la jurisdicción constitucional.

Por todo lo anterior, el planteamiento sobre la eliminación de la *prorogatio* y la consecuente vacancia del puesto para el modelo español, es desaconsejable. En España, si bien la forma en que está configurada la *prorogatio* ha generado sus problemas, lo cierto es que la misma ha logrado garantizar una cierta tendencia a mantener completa la integración del TC, lo que resulta más deseable a la eventual disminución alarmante de los miembros del Tribunal o incluso, en un caso muy extremo, de parálisis funcional. Quizás por el camino donde debía transitarse, sería el de la modificación del modelo español de la *prorogatio* adicionando un elemento que aleje su periodo de finalización de la entera disponibilidad de los órganos proponentes.

7.2. Plazo predeterminado para el nombramiento

Conscientes de las ventajas que conlleva la previsión de la *prorogatio* en el sistema de renovación de los magistrados constitucionales en España, cabría entonces averiguar el mecanismo que debería introducirse en la articulación del procedimiento de renovación y la *prorogatio* para que no se haga mal uso de ésta. El componente alternativo utilizable para evitar que sea la *prorogatio* prolongada excesivamente en el tiempo, ¿podría ser el establecimiento de un plazo predeterminado al órgano proponente para que proceda a designar a los magistrados constitucionales?

Este planteamiento tiene actualmente una manifestación en sede parlamentaria, puesto que se encuentran en trámite en el Congreso de los Diputados (julio de 2011) tres propuestas de modificación al artículo 17 LOTC. Las tres tienen por objeto imponer un límite temporal a la prórroga introduciendo el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de expiración de los nombramientos de los magistrados cesantes, previendo además la finalización inmediata y automática de sus cargos⁵⁰. Las propuestas, sin embargo, por más

⁴⁹ Por lo menos en el funcionamiento del Pleno y las Salas, al parecer no cabría una eventual parálisis debido a que el 14 LOTC, prevé la posibilidad de “adoptar acuerdos cuando estén presentes, al menos, dos tercios de los miembros que en cada momento lo compongan”. Esto es, el quórum no toma como referencia la completa integración de los doce miembros del Tribunal, si no que parece atender a la composición que efectivamente se verifique en la época de celebración de las sesiones. Quizá donde se podría plantear con mayor probabilidad una parálisis funcional sería en las Secciones, en las cuales el mismo artículo exige la presencia de dos miembros.

⁵⁰ Se trata de las propuestas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió, del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y la remitida por el Senado, formulada por el Grupo Parlamentario Entesa

sugereentes que parezcan, no considero que puedan resolver el problema de fondo, esto es, evitar o inhibir la conducta dilatoria de las fuerzas políticas.

Es verdad que la implementación de un plazo resultaría útil, pero por sí mismo no impediría los retrasos parlamentarios en la designación de los magistrados constitucionales. Podría ser útil porque en principio, motiva a pensar en algunas ventajas, como lo puede ser el intento de objetivar el término de la prórroga de los magistrados cesantes prevista por el 17.2 LOTC, imponiendo un límite temporal a la misma, lo que en un sentido más amplio vendría a dotar al procedimiento de renovación de mayores índices de certeza jurídica. La finalización de la prórroga ya no estaría en manos de las Cámaras parlamentarias o mejor dicho, hasta el momento en que estas consiguiesen el acuerdo, sino que el término de la misma vendría con el natural paso del tiempo.

Ahora bien, dicho lo anterior, me decanto por creer que el plazo por sí mismo no evita el retraso. Para ello, resulta particularmente revelador el caso del artículo 17.1 LOTC, puesto que resulta constantemente vulnerado. En efecto, se trata del plazo de cuatro meses previos a la terminación del cargo de los magistrados constitucionales salientes, para que la presidencia del TC comunique a los órganos proponentes que inicien el procedimiento de selección de los nuevos. En la práctica, ese plazo ha finalizado y los órganos legislativos no han conseguido elegir a los sucesores e incluso han ocupado mucho más tiempo demorando en exceso la renovación de los magistrados.

Esta misma tendencia de incumplimiento de plazos parece ser confirmada en otras experiencias constitucionales. Puede acudirse de nueva cuenta al caso italiano, en donde el modelo de renovación de jueces constitucionales establece el plazo predeterminado de un mes para que los órganos proponentes procedan a la designación de los jueces constitucionales (artículo 5.2 de la ley constitucional 2/1967), sin embargo, el mismo ha sido reiteradamente desatendido en la práctica por el Parlamento⁵¹. La razón esencial del poco respeto

Catalana de Progrés y Convergència i Unió. Ver, respectivamente, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B, proposiciones de ley, no. 253-1, 4 de junio de 2010; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B, proposiciones de ley, no. 244-1, 30 de abril de 2010; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B, proposiciones de ley, no. 266-1, 23 de julio de 2010.

⁵¹ Considérese que entre 1959 y 1991, de los diecisiete jueces constitucionales que le correspondió elegir al Parlamento, siete fueron elegidos en un tiempo mayor al mes de plazo, acumulando entre todos estos un retraso aproximado de treinta y siete meses. Por otro lado, de 1992 a 2003, el retraso sumado entre los cinco jueces electos en ese periodo, fue de setenta y cuatro meses. Es decir, el retraso medio va en aumento, pasando de poco más de dos meses para los primeros diecisiete jueces, a los casi quince meses para los sucesivos, llegando a un extremo de casi veinte meses en el caso de la elección del Juez Marini realizada el 18 de junio de 1997 (Vizioli, Nicola, "L'elezione dei membri della Corte Costituzionale...", p. 251; Pinardi, Roberto, "Il problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici costituzionali...", pp. 1823-1824).

al plazo resulta coincidente con la realidad española, esto es, que no ha constituido un verdadero estímulo a las fuerzas políticas para que realicen el nombramiento en ese tiempo⁵². No parece pues, la opción más eficaz. Quizá para que los plazos tuvieran mayores resultados, deberían venir acompañados de una disposición que sancione su incumplimiento.

7.3. *Facultad de propuesta al Tribunal Constitucional*

Retomando la idea de la previsión de un plazo predeterminado para que los órganos proponentes procedan a la designación de los magistrados constitucionales, pero adicionalmente contemplando una sanción a su incumplimiento a efecto de dotar de mayor eficacia al plazo, se puede plantear la posibilidad de que una de las sanciones o consecuencias a dicho incumplimiento sea la creación de una facultad de propuesta de los magistrados constitucionales a cargo del Tribunal Constitucional, a fin de apurar el procedimiento selectivo.

Una propuesta del género fue ya utilizada en la experiencia alemana de justicia constitucional, motivada por el caso “límite” consistente en los dos años de retraso parlamentario en la designación de los magistrados constitucionales en la disputa político-constitucional sobre la creación de un ejército federal⁵³. En esa ocasión, se reformó la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán para establecer la posibilidad de que el Pleno del Tribunal formulara propuestas de candidatos de carácter consultivo⁵⁴, después de que dentro de los dos meses siguientes a la conclusión del mandato del magistrado o de la terminación anticipada de su cargo, los órganos proponentes no hayan designado sucesor y siempre que el más antiguo de los integrantes de la Comisión encargada de elegir a los magistrados por parte del Bundestag o el Presidente del Bundesrat le hayan invitado a hacerlo (artículo 7a).

En Alemania esta propuesta consultiva del Tribunal Constitucional Federal, tal como está diseñada, no ha evitado las dilaciones prolongadas en la selección parlamentaria de magistrados constitucionales. En la práctica no ha

⁵² Nicola Vizioli, explica que cuando finaliza el periodo de mandato de un juez constitucional (en Italia la renovación de los jueces no es grupal, sino de carácter individual), las fuerzas políticas italianas no proceden de inmediato a su sustitución, sino que mantienen la plaza vacante, hasta en tanto no finalice el periodo de mandato de otro juez, a fin de que los cargos a cubrir sean dos. Habiendo dos plazas para cubrir, la negociación entre los principales partidos políticos se torna más segura, porque en el mismo momento de la designación de ambas, se garantiza en el acto que cada fuerza nombre a uno (“L’elezione dei membri della Corte Costituzionale” ..., p. 252).

⁵³ Geck, Wilhelm Karl, “Nombramiento y status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *REDC*, no. 22, 1988, p. 181 y p. 186, nota 18.

⁵⁴ Schlaich, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en Favoreu, Louis; Lu-chaire, K., *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1984, p. 145.

sido frecuente que los órganos proponentes inviten al Tribunal a realizar propuestas y cuando lo han hecho, pocas han sido acogidas⁵⁵. Con estos antecedentes, la formulación de la propuesta para el caso español no se antoja operativa. Sin embargo, la propuesta supone algunas reflexiones que pueden mejorarla. Una de ellas, está referida al medio por el cual se activa la posibilidad de que el Tribunal formule la propuesta y la otra tiene relación con la fuerza vinculante que pudiese tener la misma.

En la primera de ellas se atiende a que el Tribunal necesita de la “invitación” del órgano proponente moroso como condición *sine qua non* para formular la propuesta. Esta característica podría plantear en principio, la curiosa situación de que la facultad de invitación a la formulación de propuestas, recaiga precisamente en quienes son los responsables de no proveer en tiempo a la designación de los magistrados, lo cual podría augurar sus pocas probabilidades de éxito. Sin embargo, suponiendo que efectivamente las fuerzas políticas procediesen a invitar al TC a su formulación, el carácter consultivo de las mismas no las haría determinantes para impulsar la designación de los magistrados sin mayor retraso.

En apoyo de lo anterior, pudiera recordarse una situación similar acaecida en España en la segunda renovación grupal de magistrados constitucionales a cargo del Congreso de los Diputados en 1992, en la cual, ante la falta de consenso para designar en tiempo a los magistrados, el Partido Popular invitó a las asociaciones profesionales de jueces y fiscales para que formularan propuestas de candidatos para el TC; en aquella ocasión el PP asumió esa lista de propuestos, sin embargo las mismas no lograron ser consensuadas con el PSOE y cada partido político llevó por separado sus listas a votación por el Pleno⁵⁶.

Esta podría ser la misma suerte de las propuestas presentadas por el TC. Como se puede observar, la posibilidad de que se acuda a otras corporaciones para la formulación de propuestas no parece que genere mayores dificultades debido a que las mismas pueden presentarse, pero al final, no aprobarse y mantener la designación bloqueada. Por ello, el elemento relevante de una facultad de propuesta, tiene que ver con la fuerza vinculante que esta pudiera tener.

Probablemente la propuesta a cargo del Tribunal Constitucional sería más eficaz si no fuese accionada mediante invitación, sino que se articulara con la fuerza de una facultad de nombramiento establecida legalmente, con plenos

⁵⁵ El Tribunal en 31 años (1956-1987) ha hecho en cinco ocasiones este tipo de sugerencias y los órganos proponentes “sólo las han seguido ocasionalmente” (“Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales”... , p. 227.).

⁵⁶ Ver al respecto la participación del diputado Trillo-Figueroa. Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, no. 203, IV Legislatura, sesión plenaria de 25 de junio de 1992, p. 10008 y ss.

efectos electivos y no, como se ha formulado en Alemania, con efectos consultivos. Podría tratarse de una facultad de nombramiento del Tribunal para seleccionar definitivamente a los miembros faltantes luego de que el Parlamento no la ejerciese en determinado tiempo, todo ello sería al estilo del Tribunal Constitucional portugués, que coopta directamente a tres de sus miembros.

7.4. *La cooptación por el Tribunal Constitucional*

De los trece miembros del Tribunal Constitucional portugués diez son designados por la Asamblea de la República y luego los diez jueces constitucionales elegidos cooptan a los tres restantes. Esta fórmula de composición fue criticada en sus inicios por alguna parte de la doctrina lusa, pero actualmente la tendencia general es el reconocimiento positivo de la institución en gran parte debido al desempeño prudente y de calidad de los jueces constitucionales que han sido elegidos. No obstante, se conservan algunos sectores minoritarios críticos en la forma de composición del Tribunal que la estiman “partidizada” lo que le impide –según los críticos– un grado de independencia equiparable a la de los “verdaderos” tribunales⁵⁷.

Al margen de dicho debate, el desarrollo en la práctica del modelo de composición ha dejado ver las dificultades del consenso parlamentario para designar a los diez jueces constitucionales revelando retrasos en los procesos de designación; por el contrario, en la designación de los tres jueces cooptados, se destaca la mayor facilidad para lograr el consenso entre los miembros del Tribunal Constitucional para elegir a sus compañeros. Asimismo, se presenta entre las ventajas de la cooptación “un cierto distanciamiento a una intervención exclusiva de los directorios de los partidos políticos en la selección de los jueces”⁵⁸, porque tal y como ya se vio, el procedimiento de cooptación luso se desarrolla en un ámbito dominado por el colegio de los diez jueces constitucionales del Tribunal.

En la experiencia constitucional portuguesa, se subraya además, la facilidad que supone en la cooptación del nombramiento del juez número trece, que como número impar y eventual poseedor del voto de desempate, desata más dificultades para lograr un acuerdo en el seno del Parlamento que en el colegio formado por los diez jueces ya electos⁵⁹.

⁵⁷ De Araújo, António y Teles Pereira, J. A., “A justiça constitucional nos 30 anos da constituição portuguesa: Notas para uma aproximação ibérica”, en Tajadura Tejada, Javier (Coord.), *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, Madrid, CEPC, 2006, p. 209 y 214.

⁵⁸ Moreira Cardoso da Costa, José Manuel, “Tópicos sobre competencias e integración del Tribunal Constitucional en Portugal”, *Ius et Praxis*, no. 1, 2002, p. 331.

⁵⁹ *Ibidem*.

Con las referidas ventajas expresadas por algunos representantes de la doctrina portuguesa, valdría la pena preguntarse si este elemento del sistema de composición portugués conseguiría evitar en la experiencia española el problema del retraso parlamentario en la designación de los magistrados constitucionales. Al respecto, podrían considerarse algunas reflexiones en torno a la probable utilización de la cooptación portuguesa en el Tribunal Constitucional español.

En primer lugar, el funcionamiento del modelo de cooptación adoptado por el Tribunal Constitucional luso resulta de interés. Se trata concretamente de un modelo que, atendiendo a la clasificación elaborada de la institución en general por Loewenstein⁶⁰, se conoce como un sistema de “cooptación electiva directa”, consistente en un procedimiento a través del cual a una persona le es confiada una carga o una función de parte de un reducido grupo de electores. El funcionamiento mismo de este procedimiento electivo, permite presumir una elección más pacífica y la eliminación de interferencias ajenas al órgano que elige. La cooptación electiva directa es un importante elemento del proceso potestativo que se desarrolla en el interior de las organizaciones; asimismo, constituye un medio para mantener a los miembros de un grupo que ya existe y que el mismo decide los criterios de quienes pasarán a formar parte de él.

En segundo lugar, el funcionamiento de la cooptación aplicada para la elección de los magistrados, alejaría del Tribunal Constitucional español la lógica de mayorías y minorías presente en las designaciones parlamentarias de los magistrados constitucionales, por lo que podría bloquear los intereses particulares que están detrás de los partidos políticos y en su lugar, vendría a privilegiar el interés de la composición integral de la institución por los sujetos que principalmente están atraídos a su conservación, es decir, sus propios miembros⁶¹.

La cooptación a cargo del Tribunal, no supondría un proceso de elección ciego, sino que presentaría bastantes posibilidades de que los cooptantes se informasen sobre la capacidad de las funciones del candidato, prestigio, especialización profesional, etc. pudiendo con ello garantizar el perfil que se exige legalmente de los miembros del Alto Tribunal. La cooptación pudiera representar además, un medio para dar acceso a miembros expertos en determinadas materias que estime necesarios el colegio, teniendo la posibilidad incluso aquellas personalidades que no tendrían oportunidad alguna de acceso a través de elecciones necesariamente dominadas por los partidos políticos.

⁶⁰ Loewenstein, Karl, *Le forme della cooptazione. I processi autonomi di riproduzione dei gruppi privilegiati*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁶¹ *Ibid.*, p. 242.

7.5. Una propuesta de solución: el traslado eventual de la facultad parlamentaria de selección de magistrados constitucionales al Pleno del Tribunal Constitucional

Con las consideraciones anteriores, podemos someter a discusión la propuesta consistente en la introducción de un plazo predeterminado y perentorio de tres meses, para que las Cámaras Parlamentarias procedan a la selección de los magistrados constitucionales; si luego de transcurrido este plazo no se hubiese proveído la selección, a efectos de una “sanción institucional”, la Cámara proponente perderá por esa ocasión la facultad de nombramiento y ésta pasará al Tribunal Constitucional, el cual, dentro de un corto plazo, proveerá a la designación mediante acuerdo del Pleno.

Sostengo esta propuesta porque considero que la eventual pérdida de la facultad de nombramiento de las Cámaras parlamentarias, podría representar un efectivo impulso para que las fuerzas políticas presentes en éstas, procedan a realizar la designación de los magistrados en tiempo. La pérdida de un derecho o una facultad en virtud de no ejercerla en el tiempo otorgado para ello es una regla aplicada en el ámbito del Derecho procesal bastante difundida que podría servir de aplicación para este caso. La pérdida de un derecho por no ejercerlo en determinado plazo tiene por objeto dar certeza jurídica y además constituye un mecanismo que garantiza el desarrollo y la consecución de los pasos de un proceso jurisdiccional o administrativo hasta su finalización.

Con esta medida podría garantizarse la continuidad ordinaria del procedimiento de renovación de los magistrados constitucionales hasta su toma de posesión en el cargo. Seguramente esta sanción no solucione el problema político inmerso en el retraso parlamentario, sin embargo, sí que impediría que las manifestaciones de éste, afectasen o interfiriesen lo menos posible en la composición del Tribunal Constitucional.

En principio, la propuesta no alteraría el modelo actual de composición y renovación de los magistrados constitucionales y no se prescindiría de la participación de los órganos parlamentarios, sino que se establece una medida subsidiaria para desbloquear el procedimiento selectivo y garantizar la completa integración del Tribunal, así como su ordinario funcionamiento.

El plazo de tres meses que se propone para proveer el nombramiento, constituye una nota prudente e importante para ordenar la ejecución de actos procesales y pretende objetivar el límite del periodo en que los magistrados cesantes pueden permanecer prorrogados. Este plazo se formula considerando los cuatro meses previos que tiene el órgano proponente para proveer el nombramiento (17.1 LOTC), de manera que el nuevo plazo vendría a ser sólo un tiempo más de “gracia” o de transición entre las sustituciones de los magistrados constitucionales. En rigor, la suma de los plazos arrojaría un periodo general de siete meses para efectuar la designación del magistrado, el cual se presenta lo suficientemente amplio como para que sea efectuado dentro de los periodos de trabajo parlamentario de la respectiva Cámara, con el corres-

pondiente periodo deliberativo que puede esperarse de los procedimientos de designación de altos cargos públicos.

En tales condiciones, la prórroga del ejercicio de las funciones de los magistrados prevista por el 17.2 LOTC sólo operaría por tres meses. Consecuentemente, la prórroga no podría ser prolongada excesivamente en el tiempo tal y como ha sucedido, ya que a los tres meses de que las Cámaras parlamentarias no realizasen la designación de los magistrados constitucionales perderían la facultad de su nombramiento y ésta se transferiría al propio TC, quien proveería los nuevos magistrados, dando término efectivo a la prórroga de los magistrados cesados.

Por otro lado, como complemento de la propuesta, se introduciría el establecimiento de un plazo para que el Pleno del Tribunal Constitucional procediese a la designación de los magistrados faltantes. La duración del plazo tendría que ser necesariamente corto, quizá entre los diez –como en Portugal– o quince días hábiles. El periodo, en términos reales, podría traducirse en cerca de veintidós días, los cuales resultarían adecuados para que los magistrados confeccionasen delicadamente sus propuestas de candidatos, que el Presidente del TC procediera a convocar al Pleno y fueran deliberadas en una o varias sesiones, y finalmente decididas con el acuerdo favorable del Pleno.

El acuerdo plenario debería verificarse de acuerdo al quórum funcional del 14 LOTC, esto es la presencia de al menos dos tercios de los miembros que en cada momento compongan el Pleno, y además se regiría por la regla de votación del 9.2 LOTC prevista para la elección del Presidente y Vicepresidente del Tribunal, únicamente en lo relativo a la necesidad de la mayoría absoluta para la primera votación y de mayoría de votos para la segunda. Con relación al procedimiento para que el Pleno realice la cooptación, podría resultar orientativo el estipulado en los artículos 17 a 19 de la Ley que regula al Tribunal Constitucional portugués, en cuanto a que previene detalladamente la presentación de las propuestas, la discusión, el procedimiento y rondas de votación, el escrutinio, el acuerdo de designación y la formalización del cargo.

El procedimiento de elección a cargo del Tribunal supone una mayor distancia del influjo que pudieran introducir los partidos políticos en el proceso selectivo y deja al Tribunal mayores márgenes para defender el desarrollo ordinario de sus competencias y su completa integración. La cooptación ha dado buenos resultados en Portugal y por eso, creo que podría ser de recibo en España.

Servirían de apoyo a esta propuesta, las iniciales recomendaciones que Kelsen⁶² formuló para la conformación de los Tribunales Constitucionales. En efecto, dentro de una serie de ellas, consideró la posibilidad de que se dejase al propio Tribunal el derecho a elegir a algunos magistrados. Esta posi-

⁶² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, p. 58.

bilidad podría descansar en la consideración de que el TC estaría en las mejores condiciones de evitar interferencias o retrasos en el proceso de renovación o sustitución de sus miembros, a lo cual podría incluso proveer dentro del nutrido personal al servicio jurídico del mismo Tribunal, lo que garantizaría el personal de experiencia en la materia necesario para el funcionamiento de la institución.

La propuesta, sin embargo, puede plantear algunos problemas. Para ello, es conveniente traer colación algunas observaciones que se han realizado a esta idea, con motivo de su formulación anterior por quien fuera Presidente del Tribunal Constitucional en 1992, don Francisco Tomás y Valiente, en el marco de un periodo crítico de retraso en la renovación de magistrados a cargo del Congreso⁶³.

Entre los problemas que se pueden presentar, se puede destacar el relativo a una cierta pérdida o menoscabo de la necesaria legitimidad democrática o la reproducción de un consenso similar al constituyente, que tiene que acompañar el acto selectivo de magistrados constitucionales, el cual sólo puede venir impreso a través de la participación del Parlamento. Siguiendo esta línea crítica, se diría que esta propuesta favorecería, por otro lado, una práctica que potenciaría el fenómeno corporativista o endogámico en la designación de los magistrados constitucionales⁶⁴.

Las posturas reseñadas poseen, en efecto, cierta contundencia, sin embargo, podrían matizarse de alguna manera, al considerar que la cooptación no pretende fomentar el corporativismo, porque se trata en todo caso, de una salida alternativa al sistema de renovación para evitar su bloqueo, por lo tanto las facultades constitucionales del legislativo y el peso específico de su intervención en la designación de los magistrados no se perderían. Quizá también resulte de interés para cohonestar esta postura con la propuesta, que el Tribunal Constitucional cooptara a los magistrados de entre las propuestas que se hubiesen generado mientras la facultad de designación estaba en sede parlamentaria.

La objeción de la legitimidad democrática podría también atemperarse si se entendiese al sistema democrático en un sentido más amplio y no sólo por aquél que es resultado de las elecciones y el ejercicio del voto popular, esto

⁶³ En la época, la prensa recogió su declaración sobre la conveniencia de introducir un procedimiento para que la renovación de los magistrados del TC dejara de corresponder, pasado un mes de plazo sin cumplimentarla, al Parlamento y recayera en el propio Tribunal. Ver la nota titulada “Tomás y Valiente propone una fórmula de autorrenovación del Constitucional”, *El País*, 31 de mayo de 1992.

⁶⁴ Ver al respecto, Cobo del Rosal, Manuel, “La enfermedad y su remedio anticonstitucional. Sobre la renovación de magistrados del Tribunal Constitucional”, *El País*, 10 de junio de 1992; Pérez Royo, Javier, “Evitar los disparates”, *El País*, 17 de junio de 1992, y del mismo autor, “De mal en peor”, *El País*, 10 de noviembre de 1998; Fernández Segado, Francisco, “La estructura orgánica del Tribunal Constitucional”..., p. 446.

es, que no sólo el Parlamento proporcionaría este tipo de legitimidad, sino también la propia Constitución y el poder que puede reformarla.

Es de reconocer que la propuesta podría también presentar el riesgo de que el Tribunal Constitucional sea expuesto a violentas críticas a raíz de las opciones tomadas en sus designaciones, o bien que el conflicto parlamentario pueda trasladarse al interior del Tribunal. Respecto a la primera posibilidad, habría que tomar en cuenta que el propio acto selectivo de magistrados es objeto de deliberación pública con independencia del órgano que lo ejecute, de ahí precisamente, la exigencia de que el procedimiento sea realizado con todo cuidado.

Respecto a la probable traslación del debate político a la sede plenaria del Tribunal podría decirse que en efecto dicho riesgo existe, sin embargo, el número reducido de integrantes del colegio, su perfil, la forma de adoptar los acuerdos y el funcionamiento de la institución, hacen poco probable vislumbrar un problema en la designación de magistrados con las magnitudes creadas por los partidos políticos en el Parlamento. Por otro lado, confiaría en la resolución del problema apelando a la moderación y prudencia con la que suelen obrar los miembros del Alto Tribunal ante los delicados problemas que les plantean en los procesos constitucionales de los que son competentes.

Finalmente, cabe abordar, así sea de forma muy general, sobre la implementación de la propuesta en el sistema de fuentes. En primer término, se puede advertir que no podría ser generada a través de una reforma a los Reglamentos de las Cámaras parlamentarias en virtud de que al contemplar la participación del Tribunal Constitucional en la cooptación de los magistrados, se rebasa el ámbito de acción de la vía reglamentaria al no constituir el propio TC un *interna corporis* de la Cámara. Tampoco se considera que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pueda ser la vía idónea, ya que el modelo de composición del TC viene establecido *ipso iure* de la Constitución de forma clara y no parece que la previsión del artículo 165 constitucional que prevé que una “ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”, pueda abarcar la modificación que se propone por esta vía.

Luego la propuesta supondría la necesidad de tramitar una reforma del artículo 159.1 de la Constitución que establece el modelo de composición. La necesidad de la reforma constitucional, sin duda alguna, dificulta las posibilidades de éxito de la propuesta en un futuro previsible dada la complicada tramitación de la reforma constitucional, el clima de crispación política que se percibe en la actualidad y en la poca atención que las fuerzas políticas han puesto en este tema. Por lo que de momento, queda el permanente recurso de acudir a la activa participación ciudadana, a fin de exigir a los partidos políticos su responsabilidad de Estado para dar una mayor importancia al cuidado del Tribunal Constitucional tal y como les ha sido confiado por la Constitución.

La participación política de los extranjeros en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011. Una reflexión crítica sobre un intento fallido de democracia inclusiva

Mercedes Iglesias Bárez

Profesora contratada doctora de Derecho constitucional
Universidad de Salamanca

Recibido: 14.11.2011

Aceptado: 21.11.2011

Resumen: Las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011, en las que por primera vez han podido votar los extranjeros procedentes de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y Cabo Verde, han puesto de manifiesto que la regulación constitucional de la participación política de los extranjeros, que exige el reconocimiento recíproco del derecho de voto para los españoles, y las condiciones formales del ejercicio del sufragio, como la inscripción en el censo electoral a instancia de parte y la residencia legal e ininterrumpida durante al menos cinco años en España para poder votar, sigue constituyendo un desafío político y jurídico para nuestro Estado democrático. La necesidad de garantizar un grado aceptable de representatividad del sistema democrático español va a requerir la reforma del modelo establecido.

Palabras clave: Democracia, Extranjeros, Sufragio, Elecciones locales

Abstract: *Local Elections May 22, 2011, in which for the first time foreigners have been able to vote from Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Iceland, New Zealand, Paraguay, Peru, Cape Verde, have shown that the regulation constitutional political participation of foreigners, which requires the mutual recognition of voting rights for the Spanish and the formal conditions of exercise of suffrage, as the inscription on the electoral roll at the request of a party and the legal and continuous residence for at least five years in Spain in order to vote, remains a political and legal challenge to our democratic state. The need to ensure an acceptable degree of representativeness of the Spanish democratic system will require the reform of the established model.*

Keywords: *Democracy, Foreigners, Vote, Local Elections*

SUMARIO. I. Los derechos de participación política de los extranjeros: la última frontera de la ciudadanía política. **II.** El derecho de sufragio de los extranjeros en el marco jurídico internacional. 2.1 *El Derecho Internacional.* 2.2. *El Derecho Comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea.* 2.3. *Consejo de Europa.* 2.4. *Otros supuestos de Derecho Comparado.* **III.** La participación política de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español. **IV.** El reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros extracomunitarios mediante la firma de Convenios internacionales. La participación política de los extranjeros extracomunitarios en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011. **V.** Propuestas para la extensión de los derechos de sufragio a los extranjeros.

I. Los derechos de participación política de los extranjeros: la última frontera de la ciudadanía política

Las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011, en las que por vez primera han ejercido su derecho al voto los extranjeros extracomunitarios procedentes de los Estados con los que España ha firmado acuerdos de reciprocidad, representan una oportunidad para reflexionar sobre nuestro modelo jurídico-constitucional de participación política de los extranjeros, así como sobre las condiciones formales y materiales de su derecho de sufragio; en definitiva, suponen una ocasión para repensar a cerca del grado de inclusión y representatividad de la democracia española.

Más allá del retroceso en el número de inmigrantes que la crisis económica en nuestro país pueda provocar en un futuro¹, no cabe duda de que el fenómeno migratorio se ha convertido en las sociedades actuales en un factor sistémico del mundo globalizado. Lejos quedan ya aquellos días en que el inmigrante era considerado un mero trabajador-invitado. Hoy la población inmigrante se asienta y mantiene en el Estado de acogida y esta vocación de permanencia ha provocado un auténtico cambio, no sólo cuantitativo, sino también cualitativo en la propia sociedad. Un buen ejemplo de ello es el caso español, que en 1998 contaba tan sólo con un uno por ciento de población inmigrante, mientras que los últimos datos del año 2011 estiman que los inmigrantes representan el doce por ciento de la población².

Los múltiples estudios sobre inmigración que se han publicado en estos últimos años³ ponen de manifiesto el carácter dinámico y poliédrico de la inmigración. Por ello, y aunque son muchas las miradas sobre la inmigración, es evidente que una de las más agudas es aquella que entiende la inmigración

¹ Según los datos provisionales del último Censo de población, a fecha 1 de enero de 2011, por primera vez desde hace quince años se ha reducido en 17.000 personas el número de inmigrantes censados. Vid los datos en la página web del INE (Instituto Nacional de Estadística) <http://www.ine.es>. Sobre las consecuencias de la crisis económica en el número de inmigrantes que llegan a nuestro país o que deciden abandonarlo vid AJA, E., y otros, *Inmigración y crisis económica*, editado por la Fundación CIDOB, la Fundación Ortega y Gasset, la Fundación ACSAR, la Diputación de Barcelona, la Junta de Andalucía y Unicaja, 2010.

² Según los datos provisionales ofrecidos por el INE en la página web http://www.ine.es/prensa/padron_prensa.htm, a 1 de enero de 2011, la población de España ha crecido hasta los 47.150.819 habitantes, de los que 5.730.667 son extranjeros, representando pues el 12'2 % del total.

³ Vid, entre otros muchos, BENHABID, S., *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2005, VVAA, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España: (II Jornadas italo-españolas de Justicia constitucional)*, coord. por REVENGA SÁNCHEZ, M., 2004, VVAA, *Inmigración, interculturalidad y convivencia*, coord por CLAVERO HERRERA, F., y otros, 2005, VIDAL FUEYO, C., *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, CEPC, Madrid, 2002 y AJA, E., *Los derechos de los inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

como una “res política”. En opinión de DE LUCAS, que compartimos, “la inmigración constituye un desafío y una oportunidad para reflexionar sobre las condiciones del vínculo social y del contrato político, para revisar los criterios no ya de acceso, sino sobre todo de pertenencia, y con ello las condiciones de una democracia plural e inclusiva”⁴. La inmigración ha pasado así a ser una cuestión política y además una cuestión política clave, que plantea la necesidad de repensar el concepto de nacionalidad. En este mismo sentido, PÉREZ-LUÑO apunta que “en las sociedades complejas y plurales de nuestro tiempo, cuyos Estados engloban fenómenos más o menos amplios e influyentes de multiculturalismo y multinacionalidad, la ecuación ciudadano=nacional ha quedado desvirtuada. El nuevo ámbito de ejercicio de la ciudadanía es, por ello, mucho más complejo que en épocas anteriores y ello ha repercutido en la propia necesidad de revisión del concepto”⁵.

El Estado constitucional de nuestros días mantiene vigente la concepción liberal del Estado nacional que lo vio nacer. Se trata de un Estado que se asienta sobre la idea de que la vinculación de los individuos con el ordenamiento estatal se construye sin más mediante el instrumento de la nacionalidad⁶, en el sentido de que sólo el pueblo de ese Estado, pues, está legitimado para representar la voluntad popular⁷. Incluso la concepción de la igualdad que predominaba en la época liberal contribuyó paradójicamente a excluir a los extranjeros. La igualdad ante la ley sirvió para evitar el pluralismo jurídico, pero su conexión con la nacionalidad fundamentó la exclusión del que no pertenecía a la comunidad. El extranjero no era un miembro de la comunidad, no era un igual, representaba al “otro” y, por tanto, no podía ser titular de derechos constitucionales⁸.

La vigencia del principio de diferenciación que acompaña a la nacionalidad se empieza a cuestionar a partir de la Segunda Guerra Mundial, donde otro fenómeno, el de la universalización de los derechos humanos, reclama la

⁴ DE LUCAS, J, “La inmigración como res política”, en *Movimientos de personas e ideas y multiculturalidad*, coord. CHAMIZO DE LA RUBIA, J., Universidad de Deusto, Vol. 2, Bilbao, 2004, p. 18.

⁵ PÉREZ-LUÑO, A., *¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 35.

⁶ Vid GILSEN, J, “Le statu des étrangers à la lumière de l’histoire comparative”, en *L’Etranger*, Recueil Société Jean Bodin, Vol. IX, Bruselas, 1958 y ÁLÁEZ CORRAL, B, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la constitución?*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 41 y ss.

⁷ Vid RESCIGNO, G U, “Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa”, en *Rivista di Diritto Costituzionale*, n. único, 1997, p. 38.

⁸ Sobre la concepción del extranjero como “el otro”, vid BENHABIB, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, op cit., TODOROV, T., *El miedo a los bárbaros*, Galaxia Gutemberg, 2009, KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995 y ENZENSBERGER, H. M., *La gran migración*, Anagrama, 1992.

equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros. No obstante, todavía en nuestros días la institución de la nacionalidad sigue siendo una decisión jurídica fundamental de Derecho constitucional. El olvido generalizado de los constituyentes de nuestro entorno de los derechos de los inmigrantes ha provocado que durante largo tiempo esta cuestión sea considerada una materia propia de regulación del legislador y de los gobiernos, lo que ha provocado, sin duda, la fragilidad del status jurídico de los inmigrantes.

En estos años hemos visto cómo en los ordenamientos jurídicos y, en España sobre todo de la mano del Tribunal Constitucional, los extranjeros legales y los nacionales han llegado a ser partícipes de un similar estatuto jurídico⁹. Sin embargo, no hay un solo ordenamiento jurídico en el mundo que haya disuelto ese maridaje entre ciudadanía y nacionalidad, y reconozca los derechos de sufragio, en condiciones de igualdad y para todo tipo de elecciones, a los extranjeros y a los nacionales del país¹⁰. Frente a una tendencia generalizada de los ordenamientos jurídicos a extender la titularidad de los derechos fundamentales a los extranjeros en los ámbitos civil, social y económico, el espacio de la participación política, del ejercicio de los derechos de sufragio, se mantiene como un reducto que se resiste a abrir la titularidad de estos derechos a los extranjeros¹¹. El camino recorrido en el campo político-representativo por la burguesía, por el proletariado después y, finalmente, por las mujeres, no ha sido transitado aún por los extranjeros, que continúan en una situación más parecida a la de súbditos que a la de ciudadanos¹². Debemos tener en cuenta que el reconocimiento de derechos civiles y sociales a los extranjeros no mitiga la ausencia de derechos políticos, por lo que en el mejor de los casos se trataría, como nos advierte VELASCO ARROYO, de una “forma amputada” de existencia cívica, de lo que los romanos llamaban *civitas sine sufragio*¹³.

⁹ Sobre el papel que ha correspondido a la justicia constitucional, no sólo a la española, en la extensión a los extranjeros de los derechos fundamentales vid MARZAL YETANO, E. *El proceso de constitucionalización del derecho de inmigración*, Dykinson, Colección Monografías, 36, Madrid, 2009.

¹⁰ SANTOLAYA, P y REVENGA SÁNCHEZ, M, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, CEPC, n. 13, Madrid, 2007, pp. 13 y ss.

¹¹ AJA, E y MOYA, D, “El derecho de sufragio de los extranjeros residentes”, en AJA, E, ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J., (eds), *La inmigración en la encrucijada*, CIBOD, Barcelona, 2008, p. 65, y AAVV, *Los derechos de participación como elementos de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Informes 2008, p. 39.

¹² MASSÓ GARROTE, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional: los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, p. 20.

¹³ VELASCO ARROYO, J. C., “Migraciones, ciudadanía y transnacionalismo”, en *La igualdad en los derechos: claves de integración*, coords. De LÚCAS MARTÍN, J. y SOLANES CORELLA, A., Dykinson, Madrid, 2009, p. 365.

La ciudadanía se ha convertido hoy, como se ha dicho, en una “jaula de hierro” para la integración de los inmigrantes¹⁴. Mientras caminamos hacia una globalización económica, la inmigración produce paradójicamente una “renacionalización” de la política¹⁵. El reto, pues, de las sociedades actuales se halla en palabras de DE LUCAS en “cómo gestionar su transformación en realidades multiculturales, respetando las exigencias de la legitimidad democrática y del Estado de Derecho, pero manteniendo los mínimos de cohesión y estabilidad sin los que corren el peligro de desaparecer”¹⁶.

En realidad, tras esta problemática lo que subyace es un determinado entendimiento del binomio democracia -soberanía. Por una parte, negar el derecho de sufragio a los extranjeros supone reconocer sociedades dentro de sociedades y establecer diferentes clases de ciudadanos y, por otra, concederles igualdad de derechos conlleva enfrentarse a la concepción clásica del principio de soberanía¹⁷. De ahí que todavía tengan predicamento los argumentos que siguen sosteniendo la exclusión de los extranjeros, en base a que la nacionalidad es el cauce natural y adecuado para acceder a los derechos políticos, o que el reconocimiento de estos derechos supondría una ruptura de la identidad nacional, una merma del patriotismo o del orden público¹⁸. No deja de trascender en esta fundamentación el miedo a que “otros” tomen las decisiones políticas que “corresponderían” a los nacionales de un Estado¹⁹. Aún más, se entiende que los extranjeros o bien desconocen los intereses de la nación donde residen o bien sólo miran por los intereses de su propia nación²⁰. Pero no cabe duda de que tras esta argumentación lo que emerge, en realidad, es la impostura del propio Estado constitucional democrático. Hay

¹⁴ DE LUCAS, J, “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, en *Inmigración y procesos de cambio*, coord. AUBARALLE, G. y ZAPATA, R, Icaria, Barcelona, 2004.

¹⁵ SASSEN, S, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001, p. 73.

¹⁶ DE LUCAS, J. y DÍEZ, L, *La integración de los inmigrantes*, CEPC, Foro Inmigración y Ciudadanía, Madrid, 2006, p. 16.

¹⁷ ANDRÉS, H, “El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 18, julio 2008, p. 11.

¹⁸ Sobre los argumentos en contra (y también a favor) de la participación política de los extranjeros vid MOYA MALAPEIRA, D., “Introducción”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, Informe Pi i Sunyer, Barcelona, 2010, pp. 49 a 64.

¹⁹ Sobre esta cuestión vid, entre otros, GARCÍA AMADO, J. A., “¿Por qué no tienen los extranjeros los mismos derechos que los nacionales?”, *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, p. 341 o CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente”, en *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004, p. 104.

²⁰ AJA, E. y MOYA, D., “El derecho de sufragio de los extranjeros residentes”, en *La inmigración en la encrucijada*, op cit, pp. 66 y 67.

un conjunto amplio y representativo de no nacionales de un Estado, que se someten a las normas del Estado, pagan sus impuestos y contribuyen al desarrollo del país, pero a los que no les está permitido participar en la elección de los órganos de representación política²¹. Nos podríamos preguntar si en los actuales Estados democráticos hay poderosas razones que avalen la exclusión de los extranjeros en el ejercicio de los derechos de sufragio. Es aquí donde el debate sobre la extensión de los derechos de sufragio a los extranjeros revela un sistema de contradicciones en los fundamentos teóricos de los sistemas democráticos modernos, y donde el Estado constitucional democrático vive su mayor reto.

Por otra parte, son varias las razones que fundamentan una extensión del derecho de sufragio a los extranjeros. En primer lugar, esta reivindicación debe enmarcarse en el proceso de generalización de los derechos²². La exclusión política de los extranjeros compromete el carácter universal de los derechos y la propia dignidad humana. La inmigración no sólo debe ser un problema de policía, fronteras y seguridad, sino un asunto de derechos y ciudadanía. Los derechos humanos tomados en serio no pueden prescindir de la extensión de los derechos políticos a los extranjeros. Además, a lo largo de la historia se ha puesto de manifiesto la relación entre participación política y libertad²³, así como su vínculo con la igualdad y el pluralismo político²⁴. Para DAHRENDORF la ciudadanía “o es un proyecto universal o es una penosa cobertura de privilegios, pues nunca estará completa sino cuando exista una ciudadanía mundial”²⁵.

No menos débil es el argumento democrático. Esta exclusión pone en entredicho el principio democrático por el que se debe regir cualquier Estado constitucional. La democracia, como advierte SANTOLAYA “exige un acercamiento lo mayor posible entre la base decisoría y los destinatarios de las normas. De ahí que la extensión del sufragio a los extranjeros en las sociedades actuales se convierta en un parámetro de democraticidad”²⁶. En este sen-

²¹ Vid SCHNEIDER, H. P., *Democracia y Constitución*, CEPC, Madrid, 1991, pp. 262 y ss.

²² DE ASÍS ROIG, R., “La participación política de los inmigrantes: hacia una nueva generalización de los derechos de los inmigrantes”, en *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, coord. por REAL y ALCALÁ J. A., y otros, Dykinson, Madrid, 2005, p. 213.

²³ Vid DE PADUA, M., *El defensor de la paz*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 54, CICERÓN, “La República” en *La República y Las Leyes*, Akal, Madrid, 1989, pp. 6 y 223. Sobre estas cuestiones vid también RUIZ RUIZ, R., “La participación política en la historia”, *Revista Derechos y Libertades*, n. 18, enero 2008 y REVENGA SÁNCHEZ, M., “La participación política en la actualidad”, *Revista Derechos y Libertades*, n. 18, enero 2008.

²⁴ PRESNO LINERA, M. *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, 2011, p. 15 disponible en internet <http://presnolinera.wordpress.com/elderechodevotounderechopoliticofundamental.pdf>.

²⁵ DAHRENDORF, R., “Cittadinanza: una nuova agenda per il cambiamento”, *Sociologia del Diritto*, n.1, 1993, p. 14.

²⁶ SANTOLAYA, P y REVENGA SÁNCHEZ, M., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit, p. 11.

tido, la Constitución se erige como marco de participación política, y en este marco resulta fundamental la regulación de las elecciones políticas y del derecho de sufragio. El Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009 afirma que “si la democracia estriba en la intervención determinante del pueblo, como titular de la soberanía, en la designación de sus representados, la legitimidad y la realidad de la representación sólo se podrá verificar cuando haya reglas que ordenan adecuadamente el derecho de sufragio y el régimen de su ejercicio”²⁷.

Desde otra perspectiva, la Comisión de Venecia, creada en el Consejo de Europa, considera que el reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros residentes de larga duración, al menos en las elecciones locales, puede considerarse una cuestión de estricta justicia, teniendo en cuenta que contribuyen al desarrollo de la comunidad de residencia²⁸. La obediencia al Derecho sólo puede tener su origen en el consentimiento, es decir, en el hecho de haber participado en su creación, y en el contenido, en la idea de justicia.

Otro fundamento para la extensión del derecho de sufragio es su capacidad como instrumento de integración. La integración política se convierte así en un parámetro de integración²⁹. En este sentido, es necesario destacar la ligazón entre los derechos políticos y los derechos sociales. El ejercicio de los derechos sociales depende en parte de la condición de ciudadano, por lo que la integración política se convierte en un presupuesto de la integración social³⁰. No sólo la vis expansiva del principio democrático aconseja que quienes llevan largo tiempo residiendo con nosotros, quienes son nuestros conciudadanos y soportan los deberes y las cargas públicas puedan participar en los asuntos de la “res publica”, sino que tampoco cabe olvidar que la experiencia histórica del constitucionalismo demuestra que una de las formas más efectivas de garantizar la mejora en los derechos sociales de los individuos consiste precisamente en el reconocimiento de la titularidad de determinados derechos de participación política.

Estamos, pues, ante un asunto de “extraordinaria relevancia constitucional y política”³¹ y coincidimos con PRESNO LINERA en que “la democrati-

²⁷ Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009, p. 11.

²⁸ Vid especialmente el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de octubre de 2002.

²⁹ Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009, p. 41 y DE LUCAS, J. y DÍEZ, L., *La integración de los inmigrantes*, op cit, pp. 14 y ss.

³⁰ AAVV, *Los derechos de participación como elementos de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Informes 2008, p. 15.

³¹ PRESNO LINERA, M. A., “El voto de los extranjeros en España y el voto de los españoles residentes en el extranjero. A propósito del Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General”, *REDC*, n. 87, sep-dic 2009, p. 184.

zación de los procesos políticos internos e internacionales, la globalización incontenible y el flujo constante de personas de unos países a otros convierten en perversas y anacrónicas estas exclusiones, y reclaman una mayor extensión de los derechos políticos a los no nacionales”³².

II. El derecho de sufragio de los extranjeros en el marco jurídico internacional

A finales del siglo XX se produce una tendencia generalizada a nivel mundial a la disociación entre nacionalidad y ciudadanía, en materia de participación política de los extranjeros³³. La brecha se abre con el Consejo Nórdico, conformado por Suecia, Noruega, Dinamarca, Islandia y Finlandia, en el espacio de la Commonwealth y en Portugal (con respecto a Brasil y a ciertos países africanos). Los primeros reconocimientos del derecho de sufragio de los extranjeros se fundamentan, pues, en la unidad y proximidad entre países que han tenido una especial relación histórica, política y cultural. Estos avances en la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros son trasunto de lo que podríamos llamar una noción amplia de nacionalidad, de una “nacionalidad cultural”³⁴. Más allá de estos antecedentes, el paso definitivo se da en 1992, en el ámbito de la Unión Europea, con la ciudadanía europea, que permite a los ciudadanos comunitarios residentes en cualquier Estado miembro ejercer los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo.

2.1. *El Derecho Internacional*

Las normas de Derecho Internacional siguen vinculando la nacionalidad y la ciudadanía, por lo que se puede afirmar que la extensión de los derechos de sufragio a los extranjeros no tiene anclaje en nuestros días en el Derecho Internacional³⁵.

³² PRESNO LINERA, M. A., “La participación política como forma de integración”, en *Extranjería e inmigración: Aspectos políticos y socioeconómicos*, PRESNO LINERA, M A, (Ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 19.

³³ ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la constitución?*, op cit, p. 73.

³⁴ SANTOLAYA, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit, pp. 14 y ss.

³⁵ Así, de una lectura del art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno *de su país*, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”, se deduce que la titularidad del derecho de voto se excluye para los extranjeros residentes en un país que no sea el suyo. Por otra parte, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prevé que “todos los *ciudadanos* gozarán... de los siguientes derechos y oportunidades: b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto

2.2. *El Derecho Comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea*³⁶

La ciudadanía europea ha supuesto un gran avance en la superación del atavismo en torno a la ligazón de la nacionalidad y la ciudadanía, pues ha contribuido a quebrar el paradigma del voto como un atributo sólo de los nacionales. En este sentido, los ciudadanos comunitarios pueden votar y ser elegidos en las elecciones locales y al Parlamento Europeo en cualquier Estado miembro de la Unión en el que residan. Estos derechos se reconocieron por vez primera en el Tratado de Maastricht de 1992³⁷ y actualmente se regula en el art. 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea y en los arts. 39 y 40 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión³⁸. Esta regulación se ha desarrollado por la Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre de 1994, modificada en 1996 (Directiva 96/30/CE del Consejo, de 13 de mayo de 1996) por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales y la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993. Además, en el Dictamen

que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”, en una clara identificación entre ciudadano y nacional (las cursivas son nuestras). En el mismo sentido se pronuncia el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, o la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son nacionales del país en el que viven, de 13 de diciembre de 1985, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 40/144, donde no se contiene referencia alguna al derecho de voto del extranjero.

³⁶ Vid entre otros SANTOLAYA, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit., AAVV, *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit, MASSÓ GARROTE, M, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional: los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, op cit, especialmente el Capítulo VI, RODRÍGUEZ DRINCOURT, J, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, Civitas, 1997, WALDRAUCH, H: *Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview*, presentada en ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop, Citizens, non-citizens and voting rights in Europe, University of Edinburgh, 2-5 junio de 2005.

³⁷ En su artículo 8B, dispone que “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado...” y añade en el apartado 2 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 138 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”.

³⁸ El art. 39 regula las elecciones al Parlamento Europeo (“Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”) y el art. 40 se refiere a las elecciones municipales (“Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”).

del Comité Económico y Social Europeo n. 593/2003 sobre “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”, se solicita que se otorgue y extienda la ciudadanía a cualquier persona que resida de forma estable o mantenga una residencia de larga duración en la Unión Europea y la Comunicación de la Comisión sobre el Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, COM (2005) 389, de 1 de septiembre de 2005, promueve la reducción de los obstáculos al ejercicio del derecho de voto de los nacionales de terceros países. También se han dictado también varias Resoluciones en el mismo sentido³⁹.

Más allá del reconocimiento de los derechos de sufragio a los ciudadanos comunitarios en las elecciones locales y europeas, dentro de los Estados parte de la Unión Europea podemos distinguir diversos grados de apertura en la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros extracomunitarios:

A) Los Estados con el mayor grado de apertura: Irlanda y Gran Bretaña

En Gran Bretaña, el art. 1.1 de la *Representation of the People Act* (2000) otorga el derecho de sufragio en las elecciones parlamentarias a los ciudadanos de la Commonwealth, de la República de Irlanda, que sean mayores de 18 años, estén censados el día de las elecciones en una circunscripción electoral y no estén sometidos a ningún tipo de incapacidad legal. La Ley no exige un tiempo de residencia previa para ser elector, salvo en el caso de Irlanda del Norte, que requiere 3 meses. Para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales se necesita un período previo de residencia de 12 meses.

Irlanda⁴⁰, por su parte, reserva la titularidad del sufragio en las elecciones presidenciales para los ciudadanos (art. 12 de la Constitución), pero en las elecciones locales permite votar a los nacionales del Reino Unido y a otros extranjeros. La Ley Electoral 23/1992 para las elecciones parlamentarias reconoce el derecho de sufragio en las elecciones locales se reconoce a todas las personas que estén registradas como residentes (art. 10). Irlanda es, pues, el país más avanzado en el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros a nivel de la Unión Europea.

B) Estados con un grado de apertura alto. Son once países los que reconocen el derecho de sufragio a los extranjeros extracomunitarios en las elecciones locales, con un período de residencia legal que varía entre dos y cinco

³⁹ Resoluciones del Parlamento Europeo de 2000, 2001 y 2002 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y Resolución de 2006 sobre estrategias para la integración de inmigrantes en la Unión Europea, que hacen alusión a la extensión del derecho de sufragio a nivel local. Vid ORTEGA GIMÉNEZ, A. “El derecho de voto de los ciudadanos extracomunitarios en las próximas elecciones de 2011”, *Estudios de Progreso, Fundación Alternativas*, 60/2011, p. 17.

⁴⁰ Vid ÉINRÍ, P y MUTWARASIBO, F, “El reconocimiento del derecho al sufragio de los ciudadanos extracomunitarios en los comicios locales de Irlanda”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 303 y ss.

años, dependiendo de los casos: Bélgica⁴¹, Dinamarca⁴², Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos⁴³ y Suecia⁴⁴.

C) Estados con un grado de apertura medio. Para el ejercicio del derecho voto de los extranjeros se exige el cumplimiento del criterio de la reciprocidad: España, Portugal y República Checa. En el caso de Portugal los extranjeros tienen derecho de sufragio en las elecciones locales en condiciones de reciprocidad, y a los residentes de habla portuguesa sólo se les exige 2 años de residencia, frente a los 3 años del resto. Para el ejercicio del sufragio pasivo se requieren 4 y 5 años de residencia respectivamente. En la República Checa se reconoce el derecho de sufragio activo en condiciones de reciprocidad, pero el sufragio pasivo queda reservado a los nacionales.

D) Estados que no reconocen el derecho de sufragio a los extranjeros extracomunitarios. Once países lo reservan a los nacionales, a excepción de los comunitarios para los derechos de sufragio a nivel local y europeo: Alemania (esta exclusión se confirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1990, recaída en las decisiones sobre las Leyes de Hamburgo, de 20 de febrero de 1989 y de Schleswig-Holstein, Ley de 21 de febrero de 1989)⁴⁵; Austria (Sentencia del Tribunal Constitucional Austríaco de 2004),

⁴¹ Vid JACOBS, D., “Bélgica: derecho de sufragio a nivel local para los ciudadanos extracomunitarios”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 255 y ss.

⁴² Para un estudio más exhaustivo sobre el caso danés vid OSTERGAARD-NIELSEN, E., “La participación y los derechos políticos de los inmigrantes en Dinamarca”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 86 a 108.

⁴³ Vid GROENENDIJK, K y otros, “Participación política de los inmigrantes en los Países Bajos”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, Informe Pi i Sunyer, Barcelona, 2010, pp. 109 y ss.

⁴⁴ Vid SOININEN, M., “¿Hacia una democracia incluyente? 30 años de derechos electorales para los inmigrantes en los comicios locales suecos”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 153 y ss.

⁴⁵ Estas Leyes pretendían extender a los extranjeros el derecho de voto en las elecciones locales. En el caso de la Ley de Hamburgo se permitía a los extranjeros, que llevaran al menos ocho años de estancia y permiso de residencia, votar en las elecciones de distrito. Para el caso del Land Schleswig-Holstein los requisitos eran diferentes, pues se reconocía el derecho de voto en condiciones de reciprocidad en las elecciones locales a los residentes suecos, holandeses, irlandeses, noruegos y suizos con una residencia legal de al menos cinco años. Vid un comentario a estas decisiones en HAILBRONNER, K., “Alemania” en *La regulación de la inmigración en Europa*, AJA, E, DÍEZ, L (coord.), Fundación La Caixa, Colección de Estudios Sociales, n. 17, Barcelona, 2005, BRUBACKER, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge, 1992 y NICOLÁS MUÑIZ, J., “La participación de los extranjeros en las elecciones locales en la RFA. Aspectos para un debate doctrinal y jurisprudencial”, *RECEC*, n. 12, pp. 181-189. También se puede consultar BEAUD, O. “Le droit de vote des étrangers: l’apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage”, en *Revue française de droit administratif*, n° 3, 1992, pp. 409 y ss.

salvo para las elecciones locales de Viena; Bulgaria, Chipre, Francia⁴⁶ (los comunitarios incluso no pueden ser alcaldes, tenientes de alcalde ni participar en la designación de electores senatoriales ni en la elección de senadores, Decisiones del Consejo Constitucional n. 92-308 de 9 de abril de 2002 (Maastricht I) y n. 92-312, de 2 de septiembre de 1992 (Maastricht II)); Italia, con la excepción de los comicios en Roma⁴⁷, Grecia, Letonia, Malta, Polonia y Rumanía.

2.3. Consejo de Europa⁴⁸

El art. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no reconoce expresamente los derechos de sufragio, sino que dispone que en relación a “las libertades de expresión, reunión y asociación, así como a la prohibición de discriminación, se pueden imponer restricciones políticas a la actividad política de los extranjeros”. Se trata, pues, de derechos atribuibles a los nacionales. Por otra parte, el art. 3 del Protocolo Adicional n.1 al CEDH se centra en la vertiente objetiva del derecho, es decir, en la exigencia de unas elecciones libres, y no en el derecho de sufragio, que en su caso hace referencia al “pueblo” y que, por tanto, no es posible de antemano identificarlo con los extranjeros⁴⁹.

En el ámbito del Consejo de Europa existen diversos instrumentos en favor de extender los derechos de sufragio a los extranjeros⁵⁰. Así, el Convenio sobre Participación de Extranjeros en la vida pública en el ámbito local, de 5 de febrero de 1992⁵¹, establece en su Preámbulo que los Estados se muestran “convencidos de la necesidad de mejorar la integración (de los extranje-

⁴⁶ Vid WIHTOL DE WENDEN, C., “El debate del derecho de voto local para los extranjeros en Francia”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 345 y ss y vid BRUBACKER, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.

⁴⁷ Vid GROSSO, E., “Los extranjeros y los derechos de participación política a escala local en el sistema constitucional italiano”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 377 y ss.

⁴⁸ Vid por todos MASSÓ GARROTE, M., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, op cit, Capítulo VI.

⁴⁹ No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce finalmente el derecho de sufragio. Vid GARCÍA ROCA, J., “Comentario al artículo 3 del Protocolo 1º: Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos” en *La Europa de los Derechos. El Convenio europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009.

⁵⁰ Sobre los mismos vid el Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009, pp. 48 y ss.

⁵¹ Vid CHUECA SANCHO, A. y AGUELO NAVARRO, P., *El derecho de voto de los extranjeros en España en perspectiva europea*, Documentos CIDOB, Migraciones 19, Barcelona, 2009, pp. 23 y ss, AJA, E y MOYA, D., “El derecho de sufragio de los extranjeros residentes”, en *La inmigración en la encrucijada*, op cit, p. 69.

ros) en la comunidad local, sobre todo mediante el incremento de las posibilidades de participación en los asuntos públicos locales”. Su Capítulo más interesante es, sin duda, el Capítulo C, titulado “Derecho de voto en las elecciones locales”, donde en su art. 6 señala que cada Estado-parte se compromete a conceder el derecho de voto y la elegibilidad en las elecciones locales a todo residente extranjero “siempre que cumpla las mismas condiciones que las que se aplican a los nacionales y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado afectado durante los cinco años anteriores a las elecciones”. El período de residencia se puede acortar unilateralmente por el Estado o bien mediante un acuerdo con otro u otros Estados (art. 7). Este Convenio presenta dos problemas. En primer lugar, los Estados contratantes pueden limitar el derecho de voto, es decir, con la llamada participación “a la carta”, los Estados pueden admitir sólo la extensión del derecho de sufragio activo de los extranjeros (art. 6.2), prescindiendo del sufragio pasivo. Además, son muy pocos los Estados que son parte del mismo. En estos momentos son parte ocho Estados, que ratificaron la Convención en noviembre de 2009: Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia. Han firmado la Convención, sin manifestar su consentimiento por el momento, Chipre, Eslovenia, Lituania, Croacia, República Checa y Reino Unido. Este Convenio no ha sido ratificado aún por España.

Por otra parte, el Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 1997, que tampoco ha sido ratificado por España, reconoce en su art. 17 estos mismos derechos a personas con doble nacionalidad, y diversos trabajos de la Comisión Venecia han contribuido a la reivindicación de la extensión del sufragio a los extranjeros. Así, el Código de Buenas Prácticas en materia electoral de 2002, recomienda que se permita a los extranjeros votar en las elecciones locales cuando haya transcurrido un tiempo de residencia; el Informe de la Comisión de Venecia sobre la abolición de restricciones al derecho a votar en elecciones generales de 2004, que aboga por reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros residentes y, finalmente, un conjunto de Recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa, limitadas a las elecciones locales, tales como las Recomendaciones 712 (1973), 769 (1975) y 799 (1977), ratificadas mediante la Recomendación 1500 (2001)⁵², en las que se propone la extensión de los derechos de sufragio activo y pasivo a los extranjeros en las elecciones locales, siempre y cuando la residencia fuera al menos de cinco años.

No obstante, uno de los pasos más importantes en este ámbito lo constituye, sin duda, la STEDH de la Gran Sala de 6 de octubre de 2005, Caso Hirst/Reino Unido, al establecer, por una parte, que “el derecho de voto no constituye un privilegio. A comienzos del siglo XXI, en un Estado democrá-

⁵² Vid SANTOLOYA, P. y DÍAZ CREGO, M. *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho Comparado*, CEPC, Madrid, 2008, p. 29.

tico, debe jugar la presunción de atribuir este derecho al mayor número posible (de personas) (par. 59)...” y declarar que “se puede someter la elegibilidad a criterios tales como la residencia, con el fin de identificar a personas que presentan lazos suficientemente estrechos y continuados con el país en cuestión o mantienen un interés en este sentido” (par. 62).

2. 4. Otros supuestos de Derecho Comparado

En el caso de otros Estados, el panorama muestra también una gran complejidad⁵³. Así, nos encontramos con:

A) Estados que reservan a los nacionales del país la titularidad de los derechos de participación política: Cuba, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Rusia, Ucrania, Liechtenstein, Argelia, China, Filipinas, Gambia, Ghana, Guinea Ecuatorial, India, Mali, Marruecos, Mauritania, Nigeria, Pakistán y Senegal⁵⁴. En África y Asia es una práctica común.

B) Estados con un grado de apertura medio. Reconocen el derecho de sufragio pero limitado a las elecciones locales. En todas las legislaciones se exige para su ejercicio ser residente legal y varía el período de residencia. Hay un reconocimiento generalizado del derecho de sufragio activo, pero no en todos los Estados se reconoce el sufragio pasivo. Dentro del ámbito europeo se acogen a este sistema Noruega e Islandia y en América Latina, Colombia⁵⁵, Paraguay⁵⁶ y Perú⁵⁷.

C) Estados con un grado de apertura medio-bajo. Reconocen el derecho de sufragio pero limitado a las elecciones locales y condicionado además por la exigencia de la reciprocidad. Sería el caso de Bolivia. El art. 27. II de su

⁵³ Para una visión de la regulación del derecho de sufragio para extranjeros a nivel comparado vid AAVV, *Los derechos de participación como elementos de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Informes 2008, pp. 143 y ss. SANTOLAYA, P y REVENGA SÁNCHEZ, M, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit, pp. 13 y ss, SANTOLAYA, P y DÍAZ GRECO, M, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho Comparado*, op cit, Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009, pp. 51 y ss.

⁵⁴ Vid ORTEGA GIMÉNEZ, A. “El derecho de voto de los ciudadanos extracomunitarios en las próximas elecciones de 2011”, *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas, 60/2011, p. 23.

⁵⁵ El art. 100 de la Constitución colombiana permite mediante ley conceder a los extranjeros residentes el derecho de voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital, exigiéndose por ley 5 años como mínimo de residencia.

⁵⁶ Según el art. 120 de su Constitución los extranjeros tienen derecho de sufragio en las elecciones locales siempre que sean residentes permanentes y tienen derecho a ser elegidos concejales con un período de residencia previa de 7 años.

⁵⁷ Se permite el derecho de sufragio de los extranjeros residentes con un período mínimo de residencia de 2 años en las elecciones locales y distritales. El derecho de sufragio pasivo no alcanza a la posibilidad de ser elegido Alcalde o Regidor.

Constitución de 2009 permite a los extranjeros votar en las elecciones municipales en las condiciones que establezca la ley, aplicando principios de reciprocidad internacional.

D) Estados con un grado de apertura alto, ya que reconocen los derechos de sufragio en distintas elecciones políticas. La mayoría son Estados que han optado por lo que hemos denominado la “nacionalidad cultural”, como es el caso de la Ley Electoral de Nueva Zelanda (1993), que permite a los residentes permanentes, transcurrido un año, votar en las elecciones locales y nacionales, o el caso de Australia respecto a los ciudadanos británicos. En el caso de Oceanía la extensión del derecho de sufragio es una práctica histórica, pero que está ligada sobre todo a la inmigración europea⁵⁸. Son distintos los supuestos de Chile, que mediante ley extiende el derecho de sufragio activo a todo tipo de elecciones⁵⁹, el de Ecuador (art. 63.2 de la Constitución), que reconoce el derecho de sufragio activo con una residencia legal de al menos cinco años, el de Venezuela que extiende el derecho de voto a las elecciones legislativas de cada Estado, si bien con la exigencia de una residencia superior a los diez años⁶⁰ o el de Uruguay⁶¹, cuando cumplan unos requisitos, entre ellos una residencia habitual de quince años.

E) Estados que conforman supuestos especiales y, en este sentido, reconocen el sufragio de los extranjeros en función de diversas circunstancias, tales como su estructura federal o la ciudadanía cultural. Así, en Argentina a nivel provincial el reconocimiento de los derechos de sufragio depende de la legislación provincial, de su Constitución y de la normativa electoral. En la provincia de Buenos Aires se ejerce por los extranjeros el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales, con una residencia de 2 años. En la provincia de Santa Fe se extiende el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales pero los Alcaldes sólo pueden ser nacionales, y en la ciudad de Buenos Aires se permite el sufragio activo en las elecciones locales. Igualmente su-

⁵⁸ Vid ANDRÉS, H, “El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal”, op cit p. 35 y ss.

⁵⁹ El art. 14 de su Constitución permite que los extranjeros gocen del derecho de sufragio si así lo determina la ley en todo tipo de elecciones, siempre y cuando tengan más de 5 años de residencia y cumplan los mismos requisitos que los chilenos. Chile también es uno de los países más avanzados al permitir el voto a los extranjeros en todo tipo de elecciones.

⁶⁰ Art. 64 de la Constitución Bolivariana de Venezuela: “el voto para las elecciones parroquiales, municipales y estadales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”.

⁶¹ Art. 78 de la Constitución uruguaya: “tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República”.

cede en algunos cantones suizos⁶² y en el estado de Maryland (EEUU)⁶³. Puerto Rico reconoce los derechos de sufragio a los ciudadanos de EEUU.

De este análisis comparado podemos concluir que existe una tendencia generalizada a reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros residentes, sobre todo en aquellos Estados con una larga tradición democrática o bien con democracias estables. En este sentido, alrededor de un tercio de los Estados del mundo no limitan el derecho de voto exclusivamente a sus nacionales y lo extienden, al menos para ciertas categorías de extranjeros (ya sean ciudadanos comunitarios o estemos en presencia de una “ciudadanía cultural”) y/o para ciertas elecciones. En el ámbito de los países democráticos, al menos la mitad de ellos reconoce el derecho de voto de los extranjeros⁶⁴. En el caso de los países europeos, y más allá del espacio de la Unión Europea, treinta de cuarenta y cuatro Estados admiten el derecho de voto de los extranjeros, lo que representa el setenta por ciento del total. La mayor parte de estos Estados pertenecen a la Unión Europea. En América Central y del Sur el reconocimiento de los derechos de participación política a los extranjeros es una práctica extendida, mientras que África y Asia siguen manteniendo la nacionalidad como criterio para ejercer los derechos de sufragio. Oceanía, en cambio, reconoce históricamente estos derechos a los inmigrantes europeos.

Ahora bien, no se puede hablar de una verdadera democracia incluyente, pues, de este estudio también se puede deducir que la extensión de los derechos de sufragio a los extranjeros está limitada y condicionada, ya que a menudo el reconocimiento del derecho se restringe al sufragio activo, quedando excluido el derecho de elegibilidad, y limitado a un tipo de elecciones (las municipales, preferentemente), convirtiéndose el ámbito local así en la “primera escuela de la democracia”⁶⁵. Por otra parte, se condiciona el ejercicio del derecho a la residencia legal y previa, con un período que varía entre los dos y cinco años. Y, en ocasiones, además, se añaden otros requisitos de integración, tales como una declaración de compromiso de respetar la Constitución y las leyes del país o el conocimiento de la lengua. Finalmente, también en algunos casos se reconoce sólo a ciertos tipos de extranjeros de aquellos Estados con los que se ha tenido un vínculo singular, de carácter histórico o cultural, conformando una “nacionalidad cultural”. Éste sería, en definitiva,

⁶² Vid MARTENET, V., “Participación política de los extranjeros en Suiza”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 199 y ss.

⁶³ Para el caso de los EEUU vid entre otros HAYDUK, R., *Democracy for All: Restoring Immigrant Voting Rights in the United States*, Routledge, 2006 y RASKIN, J. B., “Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, n. 4, 1993.

⁶⁴ ANDRÉS, H., “El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal”, op cit, p. 25.

⁶⁵ ARNALDO ALCUBILLA, E y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., “Una revisión crítica del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales ante la primera aplicación en España”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 45, 1998, p. 188.

el grupo más incluyente, pero no podemos dejar de apuntar que el reconocimiento en este supuesto sería a la postre una suerte de nacionalidad encubierta, es decir, un concepto de nacionalidad más amplia, pero que no deja, en el fondo, de evidenciar que la inclusión es del que ya está prácticamente “incluido”, de un *quasi* igual y no del “otro”. Estamos, pues, todavía lejos de un derecho universal de voto.

III. La participación política de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español

El régimen jurídico vigente, que determina el ejercicio de los derechos de sufragio por los extranjeros en España, se encuentra regulado en un conjunto normativo que abarca las previsiones constitucionales, las disposiciones de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y, finalmente, los tratados internacionales firmados por España.

No cabe duda de que el constituyente español de 1978 no estaba pensando en el fenómeno de la inmigración cuando redactó nuestra Norma Fundamental. De hecho, en aquel tiempo, España era considerada un país de emigrantes, de ahí que el art. 42 CE encomiende al Estado español la labor de velar por los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y promover su retorno y, en cambio, no contenga previsión alguna en materia de inmigración. Esta falta de preocupación ha sido decisiva para que en la Constitución española se establezca un modelo, en relación a la titularidad de los derechos de los extranjeros, caracterizado fundamentalmente por la ambigüedad, modelo que va a requerir para su definición de la necesaria labor hermenéutica.

El principio general en materia de titularidad de derechos fundamentales en función de la nacionalidad se encuentra en el art. 13.1 CE, donde se dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas (entiéndase también los derechos fundamentales) que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley”. En una primera aproximación interpretativa parece que la Constitución nos reenvía al legislador y a los tratados internacionales para conocer el status jurídico de los extranjeros en materia de derechos fundamentales. Pero ¿cuál es el sentido de este reenvío? Se desconoce *a priori* el alcance del mandato del art. 13.1 CE, por lo que, en principio, podría defenderse una postura que abogara por la desconstitucionalización de la materia, de tal forma que la decisión de reconocer o no y en qué medida la titularidad de los derechos a los extranjeros dependiera, en última instancia, de la decisión libre del legislador. No obstante, es necesario llevar a cabo para este supuesto una interpretación sistemática de la Constitución española y, en este sentido, resulta clave el art. 10 CE. Su apartado segundo

establece una regla interpretativa: “las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, de tal forma que los tratados internacionales en la materia tienen un valor interpretativo en la delimitación del contenido y el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales.

De esta aproximación a la regulación constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros podemos extraer dos consecuencias. En primer término, es evidente que la Constitución española se inserta en el modelo del constitucionalismo clásico, anclado en la nacionalidad, pero también es cierto que la Constitución española no es sólo para los nacionales españoles. Por otra parte, podemos afirmar que el diseño constitucional no es nada claro y que, por tanto, no conocemos de antemano el alcance de la titularidad de los extranjeros en materia de derechos. En realidad, la labor de “desentrañar” la posición jurídica de los extranjeros en la Constitución española ha correspondido a nuestro Tribunal Constitucional, que no se ha limitado a ser un mero intérprete, sino que ha ido más allá. Así, en esta tarea resulta trascendental la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en la que el Alto Tribunal, mediante una interpretación teleológica y adecuada al tiempo, y combinando los valores constitucionales con los tratados internacionales en materia de derechos, consigue superar la prístina oposición entre nacional y extranjero, y equipara, en materia de derechos fundamentales, al nacional y al extranjero, que podemos llamar “legal”, trasladando el problema ya a las desigualdades de regímenes jurídicos que se pudieran dar entre los nacionales/extranjeros legales y los extranjeros “ilegales”⁶⁶.

Sin embargo, esta asimilación iusfundamental entre españoles y extranjeros se diluye cuando hablamos de los derechos de participación política. Este principio general de equiparación de derechos fundamentales tiene una clara excepción en materia política. Así, los arts 13.2 primer inciso y 23 de la CE declaran la reserva a los nacionales españoles de la titularidad y ejercicio

⁶⁶ Incluso en esta decisión, el Alto Tribunal declara titulares de los derechos de asociación, reunión y manifestación (clásicos derechos políticos) no sólo a los extranjeros legales, sino también a aquellos que se encuentran ilegalmente en España. Para un comentario a esta sentencia vid REY MARTÍNEZ, F., “Análisis de la sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional sobre derechos de los extranjeros”, en *Boletín Económico de Castilla, y León*, n. 13, 2008, DE ALBA BASTARRECHEA, E., “Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 21-22, 2008, VIDAL FUEYO, C., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, 2009, AGUELO NAVARRO, P., CHUECA SANCHO, A. G., “Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional (la STC 236/2007, de 7 de noviembre)”, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n. 16, 2007.

de los derechos de sufragio en todo tipo de elecciones políticas, cualquiera que sea el nivel territorial. No obstante, el art. 13 CE contiene a su vez una nueva excepción, al disponer en su apartado segundo *in fine* que “salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

De tal forma que constitucionalmente podemos diferenciar diversas “categorías de ciudadanos”, atendiendo a la nacionalidad y en función del tipo de elecciones que se celebren. Así, en las elecciones generales y autonómicas sólo pueden votar y ser votados los nacionales españoles, que también podrán ejercer estos derechos en las elecciones locales y al Parlamento europeo. Una segunda categoría estaría conformada por los ciudadanos comunitarios, que pueden votar y ser votados en las elecciones locales y al Parlamento europeo. A pesar de que, en términos generales, la ciudadanía europea conlleva que su status de derechos se asemeje al de los nacionales de un Estado miembro, en materia de participación política siguen siendo *quasi* extranjeros. Finalmente, en un tercer escalón, se hallarían los extranjeros extracomunitarios, que serán titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo pero limitados a las elecciones locales y condicionado al cumplimiento del principio de reciprocidad, mediante tratado o ley.

La dicción del actual art. 13.2 CE es producto de una transacción en la Comisión Mixta Congreso-Senado durante el proceso constituyente. En el art. 12.1 del Anteproyecto de Constitución y en el mismo Proyecto de Constitución se reconocía sólo a los españoles la titularidad de los derechos de participación política. En la Comisión Constitucional del Senado se decide suprimir la exclusión de los extranjeros y en la versión definitiva del precepto se da entrada de forma limitada y condicionada al derecho de sufragio de los extranjeros⁶⁷. Los argumentos utilizados para su introducción durante los debates constituyentes fueron, por una parte, la tendencia que existía en Derecho comparado a extender los derechos de sufragio a los extranjeros, así como la remisión a los tratados internacionales en materia de derechos que había firmado el Estado español. El art. 13.2 CE resulta novedoso en nuestra historia constitucional y ha sido elogiado por nuestra doctrina. En este sentido, PÉREZ VERA lo define como “una notable excepción a la regla de base y uno de los rasgos más internacionalistas”⁶⁸ de nuestra Constitución y ALCUBILLA estima que “aunque la exclusión es amplia, no comparto la tesis de la falta de

⁶⁷ Vid sobre los trabajos constituyentes AAVV, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, 1992, Vol. 2, pp. 1998 y ss y Vol. 3, pp. 3183 y ss, SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentarios a la Constitución*, en GARRIDO FALLA, F (dir.), Civitas, Madrid, 1985, pp. 227-228, y PÉREZ VERA, E, en *Comentarios a las leyes políticas*, ALZAGA VILLAAMIL, O., Edersa, Madrid, T. II, 1984, pp. 236-238 y IBÁÑEZ MACÍAS, A, *El derecho de sufragio de los extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 16 y ss.

⁶⁸ PÉREZ VERA, E, “De los españoles y extranjeros (Título I, Capítulo II)”, *Revista de Derecho Político*, n. 36, 1992, p. 84.

generosidad de nuestra Constitución primero porque ésta no va más allá de donde ha ido el Derecho comparado de nuestro entorno”⁶⁹. Como puede observarse, pues, en el proceso constituyente existía una voluntad de extender el derecho de sufragio a los extranjeros, voluntad que se muestra tanto en el íter del precepto, como en la ruptura con nuestra tradición. No obstante, la propia formulación del artículo no deja de suponer un freno a estas “buenas intenciones”. En realidad, no podemos dejar de apuntar que la verdadera intencionalidad del constituyente era la de extender la protección de nuestros emigrantes al ámbito político. Ésta es una lectura totalmente coherente con la época, ya que a finales de los años 70 del pasado siglo España era claramente un país de emigración. Así, el art. 13.2 CE podría calificarse como la versión política del art. 42 de la CE, y con ello se explicaría la exigencia de “reciprocidad” en la materia, un condicionante habitual y común en el Derecho Internacional pero extraño en materia de derechos fundamentales⁷⁰.

Esta regulación constitucional debe ser complementada con la regulación legal. Así, el art. 2 de la LOREG establece que el derecho de sufragio activo corresponde a los “españoles”, exigencia en materia de titularidad que aparece de nuevo en el art. 6 de la LOREG en relación al derecho de elegibilidad. La Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo, de modificación de la LOREG, determina el régimen jurídico de los derechos de sufragio de los extranjeros en los ámbitos municipal y europeo. Así, el art. 176 de la LOREG regula el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, derecho que podrán ejercer los extranjeros residentes en España cuando se cumpla el criterio de reciprocidad, es decir, “cuando se permita el voto a los españoles” en el país de origen de los extranjeros, en los términos de un tratado internacional. También ejercerán el derecho de voto en las elecciones locales los ciudadanos comunitarios residentes en España, que cumplan los mismos requisitos que los españoles y que hayan manifestado su voluntad de ejercer este derecho en nuestro país. El art. 177 de la LOREG regula el derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales, del que dispondrán los ciudadanos comunitarios y los extranjeros en cuyos países se reconozca el mismo derecho a los españoles en los términos de un tratado. También deben reunir los requisitos exigidos por la ley a los españoles y no estar desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su país.

Por otra parte, el art. 210 de la LOREG regula el sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo, derecho del que gozan los ciudadanos comunitarios que reúnan los requisitos para ser electores, exigidos en la Ley

⁶⁹ ALCUBILLA, E. A., “El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales”, *REDC*, n. 34, enero-abril 1992, p. 83.

⁷⁰ Sobre la reciprocidad en materia de derechos fundamentales vid, LASAGABASTER HERRARTE, I., “Reciprocidad y derechos fundamentales: en especial el derecho de voto de los extranjeros”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 85, 2009, pp. 57-81.

para los españoles y que además gocen del derecho de sufragio activo en el Estado miembro de origen. Para que un ciudadano de la Unión Europea pueda ejercer el derecho de sufragio activo en España deberá haber optado previamente en tal sentido. Nadie podrá votar, pues, más de una vez en las mismas elecciones. El art. 210 bis de la LOREG regula el derecho a ser votado en el mismo tipo de elecciones por los comunitarios que reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en la LOREG para los españoles y sean titulares del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen. Tras el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo en el Espacio Económico Europeo, tanto a los ciudadanos comunitarios como a los noruegos se les exime de estar en posesión de la tarjeta de residencia.

El art. 6 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (redactado conforme a las modificaciones operadas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y la LO 2/2009, de 11 de diciembre) también regula el derecho de sufragio de los extranjeros. El precepto establece que “los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley”, y, en el mismo sentido, el art. 18.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce como derechos de los vecinos el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales de acuerdo a la legislación electoral.

En el Derecho español se establecen restricciones a los derechos de participación política de los extranjeros que, en algunos casos, derivan de las propias previsiones constitucionales, y, en otras ocasiones, la limitación se produce por una defectuosa articulación y materialización de unos derechos de participación que sí están jurídicamente reconocidos. En nuestro país, el reto para la integración política del extranjero extracomunitario no sólo ha sido jurídico, derivado de una mentalidad constituyente que, más atenta a las rémoras de la nacionalidad y a una visión coyuntural de concebir a España como un país de emigrantes, estableció unas disposiciones que conllevaban su exclusión en las elecciones nacionales y autonómicas y exigían el cumplimiento del criterio de la reciprocidad en las elecciones locales; sino que el reto ha sido sobre todo político⁷¹. En el sistema español, hasta épocas recientes, ha existido una auténtica falta de voluntad política de actuar o poner en marcha las previsiones constitucionales, que permitían la extensión del sufragio a los extranjeros en las elecciones locales, pues nuestro país no se ha decidido a firmar tratados que extendieran estos derechos hasta comienzos

⁷¹ REVENGA SÁNCHEZ, M, “El reto de la *normalización* del inmigrante”, en *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit, pp. 83 y ss.

del año 2009. De nuevo, nos encontramos aquí con el carácter autorregulativo del Derecho de partidos, es decir, con unos partidos políticos reacios a modificar un Derecho electoral, que les ha permitido llegar al poder o reticentes ante una reforma electoral que permita llegar al poder a los adversarios.

A lo largo de estos años, pues, ha habido un gran número de extranjeros a los que el Estado español ha frenado o impedido el ejercicio de sus derechos de participación política. En concreto, España había firmado Tratados de Cooperación y Amistad a finales de los años 80 y comienzos de los 90 del siglo pasado, donde se reconocía el derecho de voto en las elecciones locales, conforme a las normas que establecería un acuerdo complementario. Estos extranjeros se han mantenido expectantes durante años esperando que España firmara definitivamente estos acuerdos, con lo que durante este tiempo no han podido ejercer sus derechos⁷². Hasta el año 2009 no se han comenzado las negociaciones para firmar los acuerdos complementarios, con lo que han pasado casi veinte años sin que se materializaran estos derechos.

Desde ámbitos parlamentarios y desde la sede de algunos partidos políticos se ha pedido a lo largo de este tiempo que España se comprometiera en la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros. En este sentido, ya en 2004, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó una Moción, resultado de una interpelación urgente presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerza Republicana, en la que se solicitaba el reconocimiento “del derecho de participación política de los residentes legales permanentes en las elecciones locales”. Más tarde, el 27 de septiembre de 2005, se presentó sin éxito por el Grupo Parlamentario Izquierda Verde- Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds una Proposición de Ley para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España. El 3 de febrero de 2006 se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados la Proposición no de Ley para avanzar en el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros en España, del Grupo Izquierda Unida- Els Verds. La Proposición fue aprobada por unanimidad pero no tuvo ninguna virtualidad. Finalmente, el 17 de agosto de 2006 se presentó una Proposición no de Ley del Grupo parlamentario Socialista y de Izquierda Unida-Els Verds en el mismo sentido. En ella se instaba al Gobierno:

⁷² Los Acuerdos que firmó España antes del 2009 fueron con Noruega (1990), Chile (1990), Argentina (1988), Colombia (1992), Uruguay (1992) y Venezuela (1990). De ellos sólo ha tenido verdaderos efectos jurídicos el Acuerdo suscrito con Noruega el 6 de febrero de 1990 (BOE de 27 de junio de 1991). El Acuerdo sólo contempla el sufragio activo y exige la residencia legal e ininterrumpida en España durante 3 años para poder ejercer el derecho y la inscripción a instancia de parte para cada proceso electoral. El caso chileno es especial porque España y Chile firmaron un Tratado el 19 de octubre de 1990 por el que se establece el derecho de voto a los nacionales de ambos países de conformidad con sus respectivas legislaciones. Chile lo ha reconocido legislativa y también constitucionalmente, pero España no lo ha hecho. Vid SANTOLOYA, P y REVENGA SÁNCHEZ, M, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit, p. 57.

1) A negociar y firmar tratados y acuerdos que reconozcan los derechos de sufragio a los extranjeros, especialmente con aquellos Estados que tengan los mayores contingentes de extranjeros en España así como con aquellos países con los que manteníamos relaciones históricas, políticas y culturales más estrechas.

2) A solicitar un Informe al Consejo de Estado sobre la aplicación del artículo 13.2 CE para la participación de los extranjeros en las elecciones municipales y con el fin de que informe sobre la interpretación del término “reciprocidad”.

3) A que firme y ratifique el Convenio Europeo sobre participación de los extranjeros en la vida pública local de 5 de febrero de 1992.

En febrero de 2009 se anuncia mediante el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación la firma de quince Convenios por los que se reconocería, en régimen de reciprocidad, el derecho de sufragio activo a los ciudadanos extranjeros en las elecciones locales. Se inicia así el camino que permitiría votar a los extranjeros extracomunitarios por primera vez en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011.

IV. El reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros extracomunitarios mediante la firma de Convenios internacionales. La participación política de los extranjeros extracomunitarios en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011

Desde el año 2009 hasta la actualidad se han firmado nueve Acuerdos internacionales, que reconocen el derecho de sufragio activo en las elecciones locales a los extranjeros procedentes de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y Cabo Verde. También podrán votar en las elecciones locales los ciudadanos de Noruega, que había firmado con España un Acuerdo en 1990.

El reconocimiento del derecho se limita al sufragio activo, por lo que estos extranjeros extracomunitarios no pueden ser elegidos representantes en las elecciones locales. Además estos extranjeros deben cumplir los siguientes requisitos:

- Tener 18 años.
- No estar privado del derecho de sufragio activo.
- Estar inscritos en el censo electoral, que se hará a instancia de parte.
- Estar inscrito en el padrón municipal de habitantes.
- Estar en posesión de la autorización de residencia en España.
- Haber residido legalmente en nuestro país el tiempo necesario requerido en el correspondiente Acuerdo.
- Cumplir los demás requisitos establecidos en el Acuerdo.

Bolivia firma con España un Acuerdo, el 15 de septiembre de 2009 (BOE de 17 de diciembre de 2010), en el que se exige a los bolivianos haber residido en España, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años

anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral, mientras que para que los españoles puedan votar en las elecciones locales de Bolivia se les requiere sólo al menos dos años de residencia legal e ininterrumpida. Con Chile, España firma un Canje de Notas constitutivo de un Acuerdo el 12 de mayo de 2009 (BOE de 9 de febrero de 2010), exigiéndose a los chilenos haber residido en España, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral. Chile, por su parte, requiere a los españoles estar vecindado en la República de Chile durante más de cinco años y cumplir con los requisitos señalados en la Constitución y las leyes. El Canje de Notas constitutivo del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, se firma en Madrid el 5 de febrero de 2009 y se publica en el BOE el 21 de enero de 2010. España permite a los colombianos el voto en las elecciones municipales siempre y cuando lleven residiendo legal e ininterrumpidamente en España al menos cinco años. Los españoles pueden participar en Colombia en las elecciones de alcaldes distritales y municipales, elecciones de consejos distritales y municipales, Juntas administradoras locales y consultas populares de naturaleza local y municipal, siempre y cuando posean la cédula de extranjería de residente, tengan la visa de residente y acrediten como mínimo cinco años de residencia continuos e ininterrumpidos. El 25 de febrero de 2009 se firma el Canje de Notas entre España y Ecuador, publicándose en el BOE el 5 de enero de 2010. Para poder votar en España, los ecuatorianos deberán haber residido en España, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral. A los españoles se les requerirá la residencia legal durante al menos cinco años y el voto será facultativo. Paraguay firma un Canje de Notas, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, el 13 de mayo de 2009 y se publica en el BOE el 21 de junio de 2010. Mientras que los paraguayos necesitan cinco años de residencia legal e ininterrumpida en España para poder votar, los españoles deben tener radicación definitiva en la República del Paraguay. España y Perú firman un Canje de Notas el 6 de febrero de 2009 y se publica en el BOE el 19 de mayo de 2010, por el que los peruanos pueden votar en las elecciones locales si llevan residiendo legal e ininterrumpidamente en nuestro país durante al menos cinco años. Los ciudadanos españoles mayores de 18 años podrán ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales de Perú, excepto en el caso que corresponde a municipalidades de frontera, y para ello deberán haber residido en la República del Perú, legal e ininterrumpidamente, durante más de dos años continuos previos a la elección. Con Cabo Verde, España firma un Canje de Notas el 8 de abril de 2009, publicándose en el BOE el 13 de enero de 2011. Mientras que los nacionales de Cabo Verde necesitan cinco años de residencia legal e ininterrumpida en

España para poder votar, el Código Electoral de la República de Cabo Verde, aprobado por la Ley n.º 92/V/99, de 8 de febrero de 1999, dispone en su art. 407. 2, que «también son electores de los titulares de los órganos electivos de los municipios los extranjeros y apátridas de ambos sexos, mayores de dieciocho años, censados en el territorio nacional y con residencia legal y habitual en Cabo Verde de más de tres años».

Con Islandia, España firma el 31 de marzo de 2009 un Canje de Notas (BOE de 16 de diciembre de 2010) donde se establece un mismo plazo de cinco para españoles e islandeses para poder votar en las elecciones locales, con la salvedad de que los españoles que hayan tenido residencia legal en un municipio determinado durante al menos tres semanas y reúnan los requisitos establecidos en la ley, serán inscritos en el registro de electores de ese municipio y podrán votar únicamente en él. El 23 de junio de 2009 se firma el Acuerdo entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre participación en determinadas elecciones de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro (BOE de 6 de enero de 2010), por medio del cual España reconoce el derecho de voto en las elecciones locales con una residencia legal e ininterrumpida de cinco años. En el caso de Nueva Zelanda el derecho de voto de los españoles se extiende a las elecciones locales y generales, sin especificar las condiciones de ejercicio. Finalmente, Noruega y España habían firmado en 1990 un Canje de Notas que se publicó en el BOE el 27 de junio de 1991. Sólo en este caso la exigencia de residencia legal e ininterrumpida en España se rebaja a tres años cumplidos en el momento de la votación. Por su parte, Noruega permite votar a los españoles en las elecciones locales y provinciales.

España está en proceso de negociación de otros cuatro acuerdos internacionales con Argentina, Trinidad y Tobago, Burkina Faso y Corea del Sur⁷³.

A pesar de que la población extranjera representa un doce por ciento de la población en España, los extranjeros no tienen un verdadero peso político y electoral⁷⁴. Según los datos provisionales del Avance del Padrón a 1 de enero de 2011⁷⁵, el número de residentes en España de Estados de la Unión Europea es de 2.525.567, mientras que el número de extranjeros residentes de los países con los que España tiene firmado un acuerdo de reciprocidad sería el siguiente: Ecuador, 345.940, Colombia, 271.562, Bolivia, 191.583, Perú, 132.979, Paraguay, 86.057, Chile, 44.337, Noruega, 18.526, Cabo Verde, 3.364, Islandia, 1.307 y Nueva Zelanda, 800. Por otra parte, el total del cuerpo

⁷³ CEBRIÁN, J. A. y otros, “Extranjería y derecho de sufragio en España. Las elecciones municipales de 22 de mayo de 2011. El caso de la Comunidad Valenciana”, en Fundación Ciudadanía y Valores, septiembre, 2011, p. 7.

⁷⁴ Vid PARRA, J. F. “El voto inmigrante: un repaso al contexto y a los datos de 2011”, en la revista *Más Poder Local*, n. 5, mayo 2011, pp. 16 y ss.

⁷⁵ Vid para la consulta de los datos la página web <http://www.ine.es>.

electoral en las Elecciones locales del 22 de mayo de 2011⁷⁶ ascendía a 34.681.888 de personas, de los cuales 34.202.425 registros corresponden al Censo de Electores Españoles (CER), 5.715 electores al Censo de Españoles Residentes Ausentes (CERA) y 473.748 al Censo de Extranjeros Residentes en España (CERE), por lo que el porcentaje de electores extranjeros en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011 representa tan sólo el uno por ciento del total. Este desequilibrio se produce sobre todo porque el cincuenta y dos por ciento de la población extranjera en España es de origen extracomunitario, por lo que para que esta población pueda votar se requiere la firma de acuerdos internacionales de reciprocidad. Los datos del INE, a fecha de 14 de enero de 2011, revelaban que el número de ciudadanos comunitarios inscritos que podían votar en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011 se había duplicado, pasando del veinte por ciento en los últimos comicios locales de 2007, al cuarenta por ciento; no obstante, de los extranjeros extracomunitarios con derecho al voto sólo 52.045 se habían inscrito en el CERE⁷⁷: Ecuador con 25.668, seguido de Colombia con 12.632, Perú, 5.897 y Bolivia, 5.042, Chile con 1.249, Noruega, 829, Paraguay, 645, Nueva Zelanda, 33, Islandia con 28 y Cabo Verde, 22.

A partir de las Elecciones Locales de 2011 se ha invertido la tendencia y caminamos hacia la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros. No obstante, los pasos que se han dado son muy lentos y no están exentos de críticas. No cabe duda de que el hecho de que la inscripción en el CERE sea a instancia de parte, provoca que la falta de información o la apatía, se conviertan en elementos determinantes para que los extranjeros puedan votar en España⁷⁸. A pesar de que el Gobierno español había enviado más de 350.000 cartas informativas a los electores extranjeros y de la existencia de campañas publicitarias de difusión de los requisitos para poder votar, las asociaciones de inmigrantes se quejaban de las dificultades que las condiciones formales del registro les estaban acarreado⁷⁹; lo que provocó que, aprovechando que se necesitaba incorporar a los nacionales de Cabo Verde al registro, se amplió el plazo para poder inscribirse hasta el 25 de enero de 2011. Por otra parte, la exigencia generalizada de cinco años de residencia legal e ininterrumpida también provocó disfunciones, pues, por una parte, muchos de los extranjeros no tenían el permiso de residencia tras perder sus trabajos por la crisis económica y, de otro lado, otros extranjeros estaban renovando sus permisos de residencia durante el plazo de inscripción en el censo, especialmente aquellos extranjeros que fueron regularizados masivamente en 2005. En un principio,

⁷⁶ Vid la página web http://www.ine.es/oficina_censo

⁷⁷ Vid la página web http://www.ine.es/oficina_censo.

⁷⁸ ORTEGA GIMÉNEZ, A. "El derecho de voto de los ciudadanos extracomunitarios en las próximas elecciones de 2011", op cit., p. 33.

⁷⁹ Vid El Mundo de 29 de diciembre de 2010 y El País de 25 de enero de 2011.

se les exigía un certificado de residencia que tardaba entre quince y veinte días en ser emitido, con lo que los extranjeros se encontraban ante la situación paradójica de expiraba el plazo para poder registrarse en el censo y no habían recibido el certificado de residencia. Para paliar esta situación se permitió que los extranjeros pudieran inscribirse entregando simplemente el resguardo que acreditaba que habían solicitado la renovación de los papeles.

El diseño del sistema constitucional de la participación de los extranjeros en las elecciones locales, que exige el cumplimiento del principio de reciprocidad, y las condiciones formales del reconocimiento del derecho de voto, en materia de inscripción en el censo a instancia de parte y exigencia de cinco años de residencia, así como la propia idiosincrasia de la población inmigrante, que según la mayoría de los estudios realizados sobre comportamiento electoral, no participa en los procesos electorales⁸⁰, explican fácilmente la baja participación de los extranjeros en las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011⁸¹.

Los comicios municipales de 2011 han puesto de manifiesto que la regulación jurídico-constitucional y la práctica de la participación política de los extranjeros, en especial, de los extranjeros extracomunitarios, sigue constituyendo un desafío político y jurídico para nuestro Estado democrático; de tal forma que la necesidad de garantizar la representatividad del sistema democrático español va a requerir su propia modificación.

V. Propuestas para la extensión de los derechos de sufragio a los extranjeros

Las propuestas que defienden la apertura de los derechos de sufragio a los extranjeros pueden ser de diversos tipos, en función del grado de extensión que se pretenda y de los efectos o consecuencias jurídico-constitucionales de las mismas.

En nuestra opinión, la práctica de estos años y, especialmente, los resultados de las Elecciones Locales del 22 de mayo de 2011, ha demostrado que deben ser descartadas todas aquellas proposiciones de mínimos, que sólo buscan mantener el *status quo* jurídico-constitucional, en el sentido de que no

⁸⁰ MORALES, L. y SAN MARTÍN, J., “¿Cómo votarían los inmigrantes?”, en *Zoom Político*, 02, 2011, p. 2, CEBRIÁN, J. A. y otros, “Extranjería y derecho de sufragio en España. Las elecciones municipales de 22 de mayo de 2011. El caso de la Comunidad Valenciana”, op cit, p. 11, MOYA MALAPEIRA, D., “Introducción”, en *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 64 y ss.

⁸¹ Sobre esta cuestión y aunque no se dispone de datos oficiales se ha denunciado desde organismos privados y públicos la escasa participación de los extranjeros en las elecciones municipales de 2011. Vid el Boletín de junio de 2011 del Observatorio Europeo de Gerontomigraciones donde se señala que la abstención de los extranjeros en las elecciones municipales en Andalucía llegó al 95%.

propugnan cambios jurídicos, y abogan, por el contrario, por las transformaciones que transiten exclusivamente por la vía política, es decir, por alentar al Estado español a la firma de Convenios en régimen de reciprocidad que permitan extender el sufragio. En definitiva, esta posición defiende la idea de que los extranjeros sólo podrían participar políticamente en las elecciones locales, en condiciones de reciprocidad, por medio de tratados internacionales y quedarían excluidos del resto de elecciones políticas. Esta propuesta presenta evidentes deficiencias. En primer lugar, su cumplimiento depende finalmente de la voluntad gubernamental de turno, y tal y como hemos apuntado los problemas de aplicación del art. 13.2 CE no sólo son jurídicos, sino políticos, de falta de voluntad política. Por otra parte, la exigencia de la reciprocidad resulta a la postre un freno para que los extranjeros puedan votar en España, especialmente respecto de aquellos extranjeros que provienen de Estados no democráticos, o bien de Estados democráticos que no admiten la extensión del sufragio a los extranjeros. Además, se plantea la problemática cuestión de la virtualidad práctica de estos acuerdos. Se firman convenios con Estados con poca representatividad como Cabo Verde, Islandia o Nueva Zelanda, y se está en proceso de acuerdo con Burkina Faso (con 1099 residentes) o Corea del Sur (2835 residentes), mientras que otros países, como Marruecos que tiene un total de 645.632 residentes, China con 142.113 residentes, República Dominicana con 88.052, Ucrania con 79.918 ó Pakistán con 67.071 residentes, quedan fuera⁸².

La exigencia de reciprocidad es, en realidad, una traba constitucional que dificulta *per se* la extensión de los derechos de sufragio a los extranjeros⁸³. SANTOLAYA y DÍAZ CREGO apuntan que la reciprocidad es una exigencia atípica en el contexto del Derecho comparado, no sólo porque no es un requerimiento propio en el ámbito de los derechos fundamentales, sino porque

⁸² Vid los datos provisionales del Avance del Padrón a 1 de enero de 2011, <http://www.ine.es>.

⁸³ VACAS FERNÁNDEZ, F, “El principio de reciprocidad como condición del reconocimiento del derecho al sufragio de extranjeros en las elecciones municipales en España y sus implicaciones desde el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 20, marzo 2009, AJA, E y DÍEZ, L, “La participación política de los inmigrantes” en *Puntos de Vista. Cuaderno del Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia Intercultural de la Ciudad de Madrid*, n. 2, julio 2005, p. 7. SOLANÉS CORELLA, A, “La participación política de los inmigrantes: cuestiones para el debate”, *Revista Derechos y Libertades*, n. 18, enero 2008, p. 86, CERIANI CERNADA, P, “Los derechos políticos de los extranjeros en España desde un enfoque de derechos humanos: la ilegitimidad del principio de reciprocidad”, en *La igualdad en los derechos: claves de integración*, Dykinson, Madrid, 2009, REVENGA SÁNCHEZ, M, “El reto de la normalización del inmigrante”, en SANTOLOYO, P y REVENGA SÁNCHEZ, M, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit, p. 88, IBÁÑEZ MACÍAS, A, *El derecho de sufragio de los extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 68 y 69, GARCÍA VÁZQUEZ, S, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 248 y ss.

además tiene una escasa presencia a nivel internacional⁸⁴. De los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea, trece reconocen el derecho de voto a los extranjeros de cualquier nacionalidad si cumplen los requisitos legales existentes y sin que se aplique ningún criterio de reciprocidad.

Más allá de los impedimentos que plantea la exigencia de reciprocidad como elemento que propicia la desidia o la falta de determinación del Gobierno, la reciprocidad suscita también auténticos problemas jurídicos. Aunque el diseño constitucional permite, como hemos visto, extender los derechos de sufragio a los extranjeros, no cabe duda de que esta exigencia conlleva serias dificultades de interpretación constitucional, tales como ¿cuándo puede considerarse que un país cumple con la exigencia de reciprocidad del voto con los españoles? o ¿es siempre imprescindible la conclusión de tratados internacionales para considerar cumplido el requisito de la reciprocidad, es decir, cuál es el instrumento formalmente adecuado para constatar la reciprocidad?

Si atendemos a una interpretación literal del artículo 13.2 CE, el legislador no está sujeto a una aplicación estricta de la reciprocidad, pues el constituyente habla de atender a “criterios” de reciprocidad. Ello supone que para favorecer el derecho, se puede optar por una reciprocidad general, no completa, es decir, que no imponga una identidad plena en el tratamiento, una reciprocidad, en definitiva, relativa o flexible. En este sentido, SANTOLAYA y DÍAZ CREGO entienden la reciprocidad como “similitud en los elementos esenciales de la regulación del ejercicio del sufragio”, que se plasmaría en la constatación de condiciones tales como la celebración de elecciones periódicas locales por sufragio universal directo, que las elecciones sean reconocidas internacionalmente como libres y justas y que las exigencias establecidas a los españoles sean equiparables a las que nosotros requerimos a los extranjeros. No sería necesario, pues, que el cumplimiento de la reciprocidad se extienda a todos los elementos del procedimiento electoral, es decir, no estaríamos hablando de un tratamiento igual, sino equivalente en todos aquellos elementos que son fundamentales. Aunque, en ocasiones, no resulta fácil distinguir entre los elementos accesorios y básicos (ej, período de residencia)⁸⁵.

Otro de los problemas que se presenta es el de determinar el instrumento formal adecuado donde se plasme la exigencia de reciprocidad. La Constitución española habla de tratado o ley. Los tratados internacionales, en princi-

⁸⁴ SANTOLAYA, P y DÍAZ GRECO, M, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*, op cit, p. 15.

⁸⁵ SANTOLAYA, P y DÍAZ GRECO, M, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*, Madrid, op cit, pp. 15 y 16. Vid también el Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009, p. 72. AJA, E y MOYA, D, “El derecho de sufragio de los extranjeros residentes”, en *La inmigración en la encrucijada*, op cit, pp. 74 y 75.

pio, deben firmarse de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 94.1 c) CE, que exige la previa autorización de las Cortes Generales, ya que afecta a los derechos y libertades del Título I de la CE. Ahora bien, también es posible el uso de cualquier otro tipo de acuerdo similar (ej. Canje de notas), especialmente en aquellos casos, como ha ocurrido, de Estados con los que ya se habían firmado acuerdos previos. La vía de los tratados internacionales tiene la ventaja de la mayor seguridad jurídica y el logro de que estos mismos derechos puedan ser disfrutados por los residentes de nacionalidad española en el territorio extranjero⁸⁶. No obstante, la firma de tratados también puede provocar otros problemas: de naturaleza política, ya que en el proceso de negociación se pueden dar exigencias por parte de los Estados para firmar el tratado, o bien de carácter técnico-jurídico, al depender de la regulación constitucional de cada Estado o problemas derivados de asimilar el tipo de elecciones. La reciprocidad, establecida caso por caso vía acuerdos internacionales, da lugar a una pluralidad de regímenes jurídicos entre los propios extranjeros, dependiendo de cuál sea su nacionalidad, en el reconocimiento del derecho al sufragio.

La vía legislativa supondría una mayor virtualidad expansiva del derecho de sufragio por su mayor rapidez, pero también conlleva un alto grado de complejidad en cuanto a la concreción de la exigencia de reciprocidad⁸⁷. No obstante, el reconocimiento mediante ley tampoco es plenamente satisfactorio porque al exigirse la reciprocidad se requiere que se reconozca por el ordenamiento interno de otro Estado y muchos Estados no lo hacen o no lo hacen en condiciones similares.

En definitiva, las propuestas más beneficiosas para el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros exigirían, en todo caso, una interpretación laxa de la exigencia de reciprocidad o, bien una reforma de la Constitución que prescindiera de este condicionante. Esta última alternativa es, a nuestro entender, la más adecuada, ya que tiene grandes ventajas, pues se acabarían con todos los problemas interpretativos en torno a la reciprocidad y su dependencia de la voluntad política, al tiempo que permitiría que los extranjeros residentes de Estados no democráticos o de Estados democráticos que prohíben a los extranjeros la participación política, pudieran votar. La reciprocidad, aún entendiéndola en un sentido laxo, no deja de ser una respuesta excesivamente formalista y ajena al reconocimiento de derechos fundamentales. Por otra parte, nos podemos encontrar en la situación paradójica de que puede ser más rápido obtener la nacionalidad española. En este sentido, la propuesta de firmar acuerdos de reciprocidad servirá de muy poco si se exige

⁸⁶ MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. *Los sistemas electorales españoles: Evaluación y propuestas de reforma*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 125.

⁸⁷ Informe del Consejo de Estado sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009, pp. 76 y ss.

para votar un periodo de residencia en España de cinco años, pues en dicho periodo el extranjero, por ejemplo, proveniente de Iberoamérica podría haber ya alcanzado la nacionalidad española en dos años.

Más allá de estas consideraciones, no cabe duda de que el paso definitivo en la extensión de los derechos de sufragio sería su apertura a todas las elecciones políticas. Para ello se podrían utilizar dos vías: la nacionalización y la reforma constitucional. SANTOLAYA propone la fórmula de “nacionalizar” a los extranjeros⁸⁸. Argumenta que la cuestión de la nacionalidad en España está desconstitucionalizada, ya que es la legislación civil la que determina cómo se adquiere la nacionalidad. En este sentido, el art. 22 del Código Civil (Ley 36/2002, de 8 de octubre) establece que para la adquisición de la nacionalidad se exigirá una residencia de diez, cinco o dos años, dependiendo del país de origen y de otras circunstancias; así como que la residencia sea legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. Es posible también adquirir la nacionalidad por carta de naturaleza en determinadas circunstancias excepcionales (art. 21 del Código Civil). Ahora bien, esta opción presenta serias desventajas que el mismo SANTOLAYA apunta, pues para muchos inmigrantes representa un período muy dilatado de tiempo (en el caso de los 10 años) y un gran coste, ya que en algunos supuestos supone la pérdida de su propia nacionalidad (así ocurre en los casos de Cuba, Brasil o Argelia)⁸⁹. Por otro lado, esta propuesta sigue sin superar la dicotomía nacionales/extranjeros, no resuelve, en realidad, el problema teórico de la legitimidad del Estado democrático en cuanto a su propia representatividad⁹⁰.

Por ello, si se quiere acabar con esta distinción, la proposición más adecuada es la reforma de la Constitución. La implicación del art. 23 CE va a exigir que la reforma se lleve a cabo por el procedimiento hiperagravado del artículo 168 CE⁹¹. En este sentido, se podría equiparar a los residentes esta-

⁸⁸ SANTOLOYA, P y REVENGA SÁNCHEZ, M, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit., pp. 68 y ss. Sobre la regulación de la nacionalidad como mecanismo alternativo al reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros en Europa vid el Bloque tercero de la monografía *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, op cit., pp. 429 y ss.

⁸⁹ SANTOLOYA, P y REVENGA SÁNCHEZ, M, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, op cit., pp. 38 y ss. AJA, E y MOYA, D, “El derecho de sufragio de los extranjeros residentes” en *La inmigración en la encrucijada*, op cit., p. 80.

⁹⁰ DÍEZ BUESO, L, “La incorporación de la participación política de los inmigrantes en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Derechos y Libertades*, n. 18, enero 2008, pp. 129 y 130.

⁹¹ “Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo II, Sección 1.ª, del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

bles con los nacionales a la hora de reconocer el derecho de sufragio en todas las elecciones políticas. Esta problemática se debe abordar no desde la nacionalidad, sino desde lo que DE ASÍS llama el “interés”. Este criterio se utiliza en la tradición jurídica para legitimar la atribución de competencias a sujetos e instituciones, y supone abrir la participación política a todos aquellos que pueden tener un “interés” en la organización jurídico-política. Los que residen de manera estable poseen presumiblemente ese “interés”⁹². Frente a las categorías tradicionales del *ius sanguinis* y el *ius solis* debe prevalecer el *ius domicili*, que toma como criterio la residencia en el país durante un período de tiempo determinado⁹³. La residencia estable debe convertirse en la regla que determine la pertenencia a la comunidad política, que permita superar, pues, la dicotomía entre los “nuestros” y “los otros”.

Hoy, en nuestro mundo globalizado, cuando la soberanía de los Estados se resquebraja y el concepto de nacionalidad se descompone, supeditar el reconocimiento de los derechos a la nacionalidad, nos lleva a crear sociedades dentro de la sociedad y a hablar de “categorías de ciudadanos”, a seguir manteniendo, en definitiva, una democracia que no es de todos, alejada de la justicia y la igualdad.

⁹² DE ASÍS ROIG, R., “Sobre la participación política de los inmigrantes”, op cit, p. 317.

⁹³ VELASCO ARROYO, J C., “Migraciones, Ciudadanía y transnacionalismo”, op cit, p. 365. ALAÉZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la constitución?*, op cit. pp. 289 y ss.

El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana

Pedro J. Tenorio Sánchez

Catedrático (acreditado) de Derecho constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia
Letrado del Tribunal Constitucional

Recibido: 06.06.2011

Aceptado: 21.11.2011

Resumen: En virtud de la cantidad de sentencias del Tribunal Constitucional en relación con la cláusula del Estado social y los derechos sociales, resulta de gran interés analizar la labor del Tribunal Constitucional al respecto. Es de gran significancia hacer referencia a la determinación de los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana, en especial a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, toda vez que, no deja vacío de contenido el imperativo constitucional de la dignidad humana combinado con la cláusula del Estado social, y por otro, deja margen para que sea el Gobierno y el Parlamento los que concreten el derecho.

Palabras claves: Tribunal Constitucional, Cláusula de Estado Social, Derechos Sociales.

Abstract: *Regarding the number of cases of the Constitutional Court in relation to the social state and social rights, its important to anlyse the work of the Constitutional Court on this matter. It's important to make reference to the determination of social rights and to the vital minimum worth in the Federal Republic of Germany, especially the Case Law of the Federal Constitutional Court, because it does not leave void of content the constitutional imperative of human dignity combined with the Social State clause. On the other hand, it leaves a margin for the Government and the Parliament to define this right.*

Key words: *Constitutional Tribunal, Social State clause, Social Rights.*

SUMARIO. 1.- Introducción. 2.- Tribunal Constitucional y cláusula del Estado social. 3.- Tribunal Constitucional y derechos sociales que son derechos fundamentales. 4.- Tribunal Constitucional y valor y eficacia de los principios rectores de la política social y económica. 5.- Addenda: Derecho social fundamental a un mínimo vital digno.

1. INTRODUCCIÓN

Una dificultad considerable a la hora de abordar el estudio de la labor de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la cláusula del Estado social y los derechos sociales es la amplitud de las fuentes a consultar y en particular el elevado número de sentencias de nuestro Tribunal Constitucional que se han de analizar.

Para hacernos una idea, consignaremos dos datos. Si buscamos en cuántas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional se emplea en los Fundamentos Jurídicos la expresión “Estado social”, nos encontramos con que hasta septiembre de 2010 habían sido 158. El otro dato a consignar sería el siguiente: el 15% de los recursos de amparo que se presentan ante nuestro Tribunal Constitucional invocan un derecho tan relacionado con la cláusula del Estado social como es el de igualdad; una cifra muy considerable, casi igual al porcentaje de recursos que invocan el resto de los derechos fundamentales, excluido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); a lo que debe añadirse que el número total de recursos de amparo interpuesto cada año viene superando en los últimos años los diez mil.

Intentando establecer un orden en nuestro análisis, vamos a distinguir la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en los siguientes ámbitos: en una primera parte vamos a referirnos a la influencia de la cláusula del Estado social, en sí misma considerada (con independencia de los derechos sociales y principios rectores concretos), en la jurisprudencia de nuestro Tribunal; en segundo lugar nos referiremos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal en relación con los derechos sociales que de alguna manera pueden ser calificados como derechos fundamentales; tercero, vamos a referirnos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa a los derechos o principios económicos y sociales, concretamente, la relativa al valor y eficacia de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I de nuestra Constitución –en adelante CE–)

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL

La cláusula del art.1.1 CE, incluida la definición del Estado como social, tiene gran relevancia porque contiene, como dice Torres del Moral (Principios, 2010, 51) un principio de primer orden que se desarrolla a lo largo del articulado y que impregna todo el texto constitucional y el resto del ordenamiento jurídico, al que hay que interpretar a la luz de dicha declaración. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional viene repitiendo desde la STC 18/1981, de 8 de junio, que “la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”. Como ha señalado Aragón (2000, p. 114), se trata de un principio (no regla) orientador de la acción del Estado (no estructural) que indica que la acción pública debe estar orientada a la reducción de la desigualdad social.

Pasando a considerar casos concretos en que nuestro Alto Tribunal ha empleado esta cláusula para extraer conclusiones relevantes cabe mencionar (Pérez Royo, 1984, 170 y ss):

- En la importante STC 11/1981, de 8 de abril, nuestro Tribunal Constitucional señaló (FJ 9) la conexión entre derecho de huelga y Estado social y dedujo de ello consecuencias importantes a la hora de configurar

el derecho de huelga (art. 28 CE) en relación con el derecho a tomar medidas de conflicto colectivo por parte de los empresarios (art. 37 CE). Decimos que es importante porque se trata de la Sentencia en que el Tribunal fijó el concepto de “contenido esencial” de los derechos fundamentales, señaló que los requisitos formales de regulación de los derechos son los del momento en que se aprueba la regulación, consideró en consecuencia constitucional el Decreto-ley regulador del derecho de huelga (a pesar de tratarse de un derecho fundamental regulado en el art. 28 CE que, en consecuencia, ha de ser regulado por ley orgánica: art. 81 CE), entró a conocer del contenido del Decreto-ley de huelga de 1977 y, con ligeros retoques, lo erigió en régimen jurídico de tal derecho fundamental que había de permanecer vigente hasta la actualidad. Pues bien, en ella se dijo concretamente que no se puede equiparar la huelga, reconocida como derecho fundamental en el art. 28 CE, con el cierre patronal, simple derecho cívico reconocido en el art. 37, que no puede ejercerse lícitamente cuando vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide; que la Constitución española no recoge el llamado principio de igualdad de armas.

- Nuestro Tribunal Constitucional ha acudido a la cláusula del Estado social para considerar justificadas algunas desigualdades contenidas en el Derecho laboral entre empresarios y trabajadores. Así, para considerar constitucional que la ley establezca que el empresario condenado que quiera recurrir en casación deba depositar la cantidad a la que haya sido condenado (mientras que, al trabajador no se le exige tal requisito): STC 3/1983, de 25 de enero. Y lo mismo con referencia al régimen jurídico del recurso de súplica (STC 14/1983, de 28 de febrero).
- En la STC 19/1982, de 5 de mayo, nuestro Tribunal Constitucional con base en la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE), en la cláusula que promueve la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) y en el principio rector de suficiencia de las pensiones (art. 50 CE) falló a favor de la compatibilidad de la percepción de una pensión de vejez y otra de viudedad.

Pero más allá de estos casos concretos o de otros que se puedan traer a colación, nuestro Tribunal Constitucional, basándose en la cláusula a la que nos venimos refiriendo, ha jugado un papel precursor en relación con la extensión de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares. La importancia de la cuestión justifica que nos detengamos en ella.

Ni nuestra Constitución ni nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante) prevén expresamente la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Es más, en la LOTC se encuentra un obstáculo explícito a la misma: el art. 44.1.b), que, al regular los requisitos que ha de reunir el recurso de amparo, dice que “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a...recurso [de amparo] siempre que se cumpla

[, entre otros, el requisito de] que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo *inmediato y directo* a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional” (cursiva nuestra).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha dotado de eficacia a determinados derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La primera sentencia en este sentido fue la STC 38/1981, de 23 de noviembre, relativa a unos trabajadores despedidos por participar en unas elecciones sindicales. Pero la construcción doctrinal que fundamenta tal extensión de la aplicación de los derechos es posterior. El artificio consiste en entender que, cuando un órgano judicial no repara un lesión de un derecho fundamental irrogada por un particular, ha producido, él también, una lesión del derecho fundamental que puede y debe ser reparada mediante el recurso de amparo. Este razonamiento se formula, fuera del ámbito laboral e invocando la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE) y la de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE), en la STC 18/1984 de 7 de febrero. Y en el ámbito laboral, en la STC 177/1988, de 10 de octubre.

Todavía en el ámbito de su papel precursor en la extensión de la aplicación de los derechos fundamentales, ha de anotarse en el haber de nuestro Tribunal Constitucional el hecho de que haya incorporado no sólo esta construcción general, sino también importantes doctrinas concretas, como la de la discriminación directa o indirecta, importada del derecho comunitario (STC 145/1991, de 1 de julio) o la de la acción positiva en pro de la igualdad (STC 128/1987, de 16 de julio).

No podemos concluir este apartado, relativo a la aplicación de la cláusula del Estado social por el Tribunal Constitucional, sin preguntarnos acerca de qué concepción tiene este último respecto del Estado social y en particular con relación a una cuestión trascendental: la irreversibilidad de las conquistas sociales o mantenimiento de las conquistas sociales ya conseguidas.

Pues bien, hasta donde hemos alcanzado a ver, nuestro Tribunal Constitucional no ha aceptado el principio de irreversibilidad de las conquistas sociales sino que, cuando se ha planteado más o menos directamente la cuestión, ha hecho referencia a que los medios económicos son limitados, de donde se desprende una postura más bien contraria. Concretamente, en la STC 97/1990, de 24 de mayo, interpretando el art. 50 CE, que hace referencia a que las pensiones han de ser adecuadas, el Tribunal recuerda que el Estado administra medios limitados y además rechaza la idea de inconstitucionalidad por omisión.

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES QUE SON DERECHOS FUNDAMENTALES

No es cuestión pacífica la de qué es un derecho fundamental. Esta noción no es pacífica ni siquiera circunscribiéndola a nuestro Derecho constitucional.

En este último, el tema se plantea muy a menudo en torno a la interpretación del art. 53 CE, que regula las diferentes garantías de que gozan las diferentes partes (artículos, secciones o capítulos) en que se agrupan las normas de nuestra Constitución que declaran derechos. Para Jiménez Campo (1999, 17 y ss., especialmente 27) derecho fundamental en nuestro ordenamiento es el que, por contraste con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 53 CE, deriva del apartado 1 del mismo artículo; es decir, son derechos resistentes, en su “contenido esencial” a la acción legislativa. Por eso, dice el referido autor, merecen la calificación de fundamentales todos los derechos enumerados en el Capítulo II del Título I, tanto en la Sección 1ª como en la Sección 2ª.

Sin embargo, este criterio no es el reconocido explícitamente por nuestro Tribunal Constitucional. Como expone el propio autor referido (1999, 20 y ss.) nuestro Alto Tribunal, desde la STC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 10, distingue entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, estos últimos reconocidos en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I. Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional limita el calificativo de “fundamentales” a los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, esto es, los que requieren para su desarrollo ley orgánica, desde la STC 5/1981, de 13 de febrero. Solo excepcionalmente se ha calificado como derecho fundamental uno de la Sección 2ª (STC 46/1983, de 27 de mayo, FJ6, libertad de empresa). En otros casos el Tribunal (STC 56/1982, de 26 de julio, FJ2) ha reservado la calificación derechos fundamentales a los derechos susceptibles de amparo con base en el art. 53.2 CE. De otro lado, nuestro Tribunal considera característica esencial de los derechos fundamentales la aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas: SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 17; 15/1982, de 23 de abril, FJ 8; 16/1982, de 28 de abril, FJ 1; 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1; 39/1983, de 16 de mayo, FJ 3; 31/1994, de 31 de enero, FJ 7.

En suma, y concluyendo esta digresión, en nuestro sistema podemos distinguir entre derechos fundamentales, derechos constitucionales no fundamentales y principios rectores: los primeros serían la igualdad más los de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE, protegidos todos ellos por recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), y todos menos la igualdad, por reserva de ley orgánica (art. 81 CE) y reforma reforzada de la Constitución (art. 167 CE); los segundos, derechos constitucionales no fundamentales, serían los localizados en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, protegidos por reserva de ley ordinaria y garantía de su contenido esencial frente a la ley (art. 53.1 CE) y, los terceros, principios rectores de la política social y económica serían los del Capítulo III del Título I CE, sólo aplicables por la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan (art. 53.3 CE).

En una primera aproximación, se puede decir que la mayoría de los derechos sociales aparecen en ese Capítulo III. Pero llegados a este punto, ha de hacerse la siguiente observación: en principio, hay una tendencial correspondencia en nuestra Constitución entre técnica de protección o garantía de un de-

recho, naturaleza del mismo, contenido del mismo y tenor literal del precepto que lo reconoce, pero esta cuádruple correspondencia no se produce en todos los casos. Queremos decir con esto que es verdad que las libertades liberales o de autonomía, (que son garantizables mediante un Estado que simplemente cuente con poder legislativo, judicial y ejecutivo garante del orden público, libertades que el sujeto puede ejercer por sí mismo y respecto de las cuales sólo hay que impedir la intromisión), suelen venir garantizadas como derechos públicos subjetivos en su plenitud y como derechos fundamentales. Y es igualmente cierto que la mayoría de los derechos sociales exigen, para alcanzar efectividad, que se organice un servicio público específico, que se dicte regulación de desarrollo, y que se consignent presupuestariamente las cantidades necesarias para pagar el coste de las correspondientes prestaciones, por lo que en principio, se reconocen de una manera más debilitada o condicionada que los derechos fundamentales.

Ahora bien, esto debe ser matizado haciendo dos observaciones. La primera es que no todos los derechos sociales son derechos de prestación, sino que hay derechos sociales de autonomía que puede ejercer el sujeto por sí mismo sin necesidad de que los poderes públicos implanten un servicio público. Pensemos en los derechos de sindicación o de huelga: ambos son derechos de autonomía que, efectivamente, se reconocen como derechos fundamentales en nuestro ordenamiento en el art. 28, que supone la asignación de las máximas garantías que nuestro ordenamiento reconoce a un derecho subjetivo público. Pero es que además el constituyente puede dotar de las máximas garantías a un derecho aunque éste, por su estructura y contenido, sea derecho de prestación. En tal caso, ciertamente habrá construcciones doctrinales o científicas que afirmarán su carácter programático, pero el otorgamiento por la Constitución de garantías máximas acabará obligando a los poderes públicos y en particular al poder judicial a extraer consecuencias de ella. Para concretar: nuestro constituyente decidió insertar un derecho social, el derecho a la educación, en el art. 27 CE, dotándolo de esta manera de las máximas garantías; pues bien, creemos que esto no es ajeno al hecho de la expansión efectiva de este derecho entre nosotros y a que sea una realidad la enseñanza básica obligatoria y gratuita como exige el art. 27.4 CE.

Hechas estas observaciones, vamos a referirnos a algunos derechos sociales que son derechos fundamentales.

El primero de ellos es el derecho-principio de igualdad. No vamos a entrar en complejas disquisiciones conceptuales entre igualdad formal y material o entre la igualdad efectiva del art. 9.2 CE y la formal o del art. 14 CE. Aquí nos interesa solamente señalar que, bajo el paraguas de igualdad del art. 14 CE se han cobijado, sea ello técnicamente correcto o no, ideas propias de la igualdad real y efectiva y por ello la jurisprudencia de amparo de nuestro Tribunal Constitucional es susceptible de ser estudiada desde la perspectiva del derecho de igualdad como derecho social.

Pues bien, este es un derecho en continua revisión, entre otras razones por la tensión entre la igualdad del art. 9.2 CE y la del 14 CE. Muy sucintamente cabe resaltar que, en la evolución en pos de la igualdad efectiva, hay una primera fase en la que se aplicó la igualdad real y efectiva del art. 9.2 CE ensayando la igualación entre hombre y mujer “hacia arriba”, de modo que se hizo disfrutar al varón de beneficios previstos en la legislación para mujeres, es el caso de las SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, (turnos nocturnos); 98/1983, de 15 de noviembre, (turnos nocturnos); 103/1983, de 22 de noviembre, (viudos); y 38/1986, de 7 de noviembre (varones discriminados).

Con posterioridad se detectaron disfunciones o efectos no deseados de la doctrina sentada en los primeros casos y se abrió un proceso de revisión en el que se exploraron nuevos caminos, como la consideración de las ventajas legales reconocidas a la mujer como acciones positivas (STC 128/1987, de 16 de julio, sería el caso inicial cuya doctrina se extiende a otros posteriores – STC 109/1993, de 25 de marzo-) o el reconocimiento de un mayor margen a los titulares del poder normativo (STC 5/1992, de 16 de enero).

Finalmente, se revisa abiertamente la posibilidad de las pretensiones de igualación “por arriba”, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social. En el ámbito laboral la STC 28/1992, de 9 de marzo, recoge los elementos esenciales del cambio de criterio. En el ámbito de la Seguridad Social, es importante en este sentido la STC 315/1994, de 28 de septiembre, sobre diferencias de trato en un montepío de una diputación comercial. Igualmente destacable es la STC 16/1995, de 24 de enero, acerca de la jubilación temprana beneficiosa para la mujer no aplicada por ser considerada discriminatoria.

Otro derecho social fundamental en el que vamos a detenernos es el derecho a la sindicación. Son muchas las sentencias relativas a la libertad de sindicación a las que habría que referirse. Quizá la sentencia capital en la materia sea la STC 11/1985, de 30 de enero, sobre la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Pero lo que nos interesa, más que intentar referirnos a muchos aspectos de este derecho, es señalar que la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal en la construcción del mismo ha sido amplia y profunda, hasta tal punto que ha llevado a cabo una ampliación de su contenido constitucional discutible.

Está fuera de discusión que el contenido esencial de este derecho se ha de proteger. Tal contenido, integrado por la autonomía organizativa, la libertad programática, el derecho a participar en la negociación colectiva y en las medidas de conflicto colectivo, ha de ser plenamente reconocido. Pero nuestro Tribunal Constitucional no se ha dedicado a proteger estos contenidos, sino además, otros adicionales. Lo ha hecho, en una primera fase, incluyendo dentro del contenido esencial otros contenidos atípicos del derecho a la sindicación. Pero es que además a partir de la STC 40/1985, de 13 de marzo, sobre el crédito horario, el Tribunal declara que hay que distinguir entre el contenido esencial del derecho a la sindicación, que es el que se protege con motivo del recurso de inconstitucionalidad, y el contenido constitucional del derecho,

que no comprende solamente el esencial, sino otra serie de facultades que llama “contenido adicional”. Este admite las más variadas facultades. Un ejemplo de esto lo ofrece la STC 281/2005, de 7 de noviembre, en la que el Tribunal consideró que el servidor informático de una empresa debe estar a disposición de los representantes sindicales para enviar los mensajes del sindicato. De este modo, el derecho de sindicación se convierte en un derecho de prestación.

A lo que debe añadirse que nuestro Tribunal Constitucional, en materia de sindicación, ha desbordado los límites legales del amparo y ha convertido a este en una especie de recurso de casación (de modo similar a lo que ocurre en el ámbito del derecho de huelga y, fuera del ámbito laboral, en el derecho a la libertad de expresión y a la información) frente al art. 54 LOTC, según el cual “cuando la sala o, en su caso, la sección conozca del recurso de amparo respecto de las decisiones de jueces y tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

La profundidad y amplitud con la que el Tribunal Constitucional revisa el criterio del Tribunal Supremo es patente leyendo la STC 281/2005, de 7 de noviembre. El caso enfrentó al BBVA con el sindicato Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (Comfia-CCOO). El primero, que venía permitiendo un uso limitado del correo electrónico por el sindicato, a partir de un determinado momento y ante la avalancha de mensajes enviados por el mismo, decidió disponer el servidor para que rechazara los mensajes de la dirección electrónica del sindicato. Planteada demanda de conflicto colectivo por esto último, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la estimó parcialmente, declarando que el demandante podía enviar correos electrónicos con la mesura y normalidad inocuos con la que lo había hecho antes de la avalancha de correos que motivó el bloqueo dispuesto por la empresa. Interpuesto recurso de casación por el banco, el Tribunal Supremo lo estimó: mientras no se consintiera por la demandada expresamente, no hay norma alguna que conceda al sindicato derecho a usar el sistema informático de la empresa.

Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional, tras repasar su doctrina acerca del contenido esencial y adicional del derecho de sindicación y sobre la distinción de contenido adicional de fuente legal y de fuente convencional y señalar que los sindicatos no pueden demandar actos positivos de naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación, afirma que no puede confundirse la ausencia de una obligación provisional que grave al empresario con la posibilidad de que este adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad. Esto sentado, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a usar el correo electrónico o medios preexistentes en la empresa para la comunicación sindical está amparado por

el art. 28.1 CE, si se ejerce dentro de ciertos límites, concretamente: a) la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa; b) no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el medio en cuestión; c) no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, en particular, mayores costes. En consecuencia, se declara vulnerado el derecho a la libertad sindical y se anula la sentencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia, por tanto, amplía el contenido del derecho a la libertad sindical, que se convierte en derecho de prestación, y lleva a cabo una ponderación de los intereses de las partes que sustituye la que había hecho el Tribunal Supremo.

Para terminar esta incompleta exposición de los derechos sociales que son derechos fundamentales, hagamos un apunte sobre el derecho al medio ambiente, reconocido en el art. 45 CE. La STC 199/1996, de 3 de diciembre, había negado el carácter de derecho fundamental de este derecho, pero con posterioridad la STC 119/2001, de 24 de mayo, abre una vía para su reconocimiento. En relación con este tema hay que traer a colación la relativa discrepancia entre el TEDH y nuestro Tribunal Constitucional.

En efecto, el TEDH ha conectado el derecho al medioambiente con el derecho a la vida privada y familiar para dispensar a aquél la protección que de otro modo no podía, argumentando que el derecho a la vida privada y familiar de los habitantes de una casa había sido vulnerado por la emisión de ruidos y humos de una cercana estación depuradora de aguas y residuos: STEDH de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra c. España*, con un precedente en la STEDH de 17 de octubre de 1986, caso *Powell y Rainer c. Reino Unido*. Nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo, ha negado que esa conexión haga del derecho al medioambiente un derecho fundamental, habida cuenta del tratamiento constitucional del mismo: STC 199/1996, de 3 de diciembre.

No obstante, con posterioridad, nuestro Tribunal Constitucional se ha movido en la vía abierta por el TEDH, utilizando la vía argumental de este último para impedir que ciertas contaminaciones, como la acústica, vulneren el derecho a la integridad física y psíquica (art. 15 CE) y la intimidad personal y familiar, sobre todo, cuando esa contaminación alcanza niveles en los que se convierte en objetivamente evitable e insoportable: STC 119/2001, de 24 de mayo. Existen además dos Sentencias de 2004 (SSTC 16/2004, de 23 de febrero, y 25/2005, de 26 de febrero; Tenorio, 2005, 25 y ss.) de diferentes Salas del Tribunal, que resuelven en esta materia asuntos similares en sentido contradictorio.

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y VALOR Y EFICACIA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

En cuanto a los principios rectores de la política social y económica, contenidos entre los arts. 39 y 52 CE, lo primero que debe señalarse es que por

razón de su ubicación en la Constitución, en virtud del art. 53.3 CE, son los derechos, intereses o posiciones jurídicas subjetivas más débilmente protegidos por nuestra Constitución.

El alcance de estos derechos viene regulado por la propia Constitución, en el art. 53.3, precepto con dos incisos, el primero de los cuales dice que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Por su parte el segundo inciso dice que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

4.1. Pues bien, el art. 53.3 no resuelve todas las cuestiones que plantea el valor o alcance jurídico de los principios rectores, pero sí establece algunas reglas de interpretación y aplicación de tales principios dignos de ser tenidos en consideración.

1) Del art. 53.3 (Jiménez Campo, 1996, 439 y ss.) se deriva que en el Capítulo Tercero del Título I no hay derechos subjetivos en sentido estricto; no hay derechos que merezcan la calificación de fundamentales, denominación que la Constitución reserva a lo proclamado en otros preceptos: en los arts. 15 a 29 de la Constitución titulados “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. La negativa de nuestro Tribunal Constitucional a considerarlos derechos fundamentales es clara. En la STC 36/1991, de 29 de enero, FJ 5, con motivo de la delimitación del alcance del art. 39.4 CE, se dijo que “en general (art. 53.3 CE) los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”. En la STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, se dijo, respecto del art. 51.1 CE, relativo a la protección de los consumidores y usuarios, lo siguiente:

“Este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 CE (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 CE, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 CE)”.

En fin, en la STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 3, se dijo que “no puede ignorarse que el art. 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional” y se remitía la Sentencia a su vez a otras sentencias del propio Tribunal Constitucional.

2) Los principios rectores constituyen normas vinculantes. Esto se desprende del propio tenor literal del art. 53.3 CE, que impone al legislador y a los órganos aplicadores del derecho el reconocimiento, el respeto y la protección de dichos principios. Más concretamente, el Tribunal Constitucional ha utilizado estas normas como *canon* de la validez de la ley en dos ocasiones al menos. Se trata del principio de protección de la familia, art. 39.1, que fue utilizado para basar un juicio contrario a la constitucionalidad en la STC 45/1989, de 20 de febrero, sobre el IRPF y en la STC 222/1992, de 11 de diciembre, sobre la extensión del beneficio de la subrogación en el arrendamiento al miembro supérstite de una unión de hecho. Sin embargo, en ambos casos la motivación del fallo se redactó sobre todo a partir del art. 14 CE, cumpliendo la invocación del art. 39.1 CE una función complementaria. Es más, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, se realizó una afirmación que relativizaba la fuerza obligatoria de estos principios rectores al señalar que es improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión. Concretamente, dijo: “hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (cf., por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida” (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4). Según Fernández-Miranda (2003, p. 160), de este fragmento se la STC 45/1989, se desprende: 1º. Que se descarta toda posibilidad de la omisión legislativa plena; 2º. Que se considera improbable el control de la omisión parcial o norma legal incompleta; 3º. Que dentro de esta improbabilidad, sólo hay posibilidades cuando exista una directa vinculación entre el principio rector y algún derecho fundamental, singularmente, el derecho a la igualdad.

3) El primer inciso del art. 53.3 CE nos indica que el destinatario primero de las normas contenidas en el Capítulo III es el legislador, todos los legisladores de nuestro Estado. Ahora bien, se dice que informarán la práctica judicial y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, por

ejemplo en la STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6, que el art. 53.3 impide considerar a los principios del Capítulo III “como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”. A nuestro juicio, del precepto, y de la posición institucional de las Administraciones Públicas (y del propio art. 103.1 CE), se deduce que estas pueden actuar directamente, sin mediación legal, a partir de los principios rectores, salvo en los casos en que las normas del Capítulo III incorporan reservas de Ley.

Por lo demás es doctrina constitucional muy reiterada que en el Capítulo III de la Constitución no se pueden hallar fundamentos para la atribución de competencias a las instituciones generales del Estado frente a las Comunidades Autónomas (SSTC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 2; 35/1983, de 11 de mayo, FJ 3; 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, y 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3)

Esta obligación de tener en cuenta los principios rectores, este carácter vinculante de los mismos; se puede concretar en los siguientes puntos:

En primer lugar, postulan determinadas políticas legislativas y elevan la protección de determinados bienes jurídicos a la categoría de fin del Estado, a conseguir en cumplimiento de la Constitución. Afinando más, conviene precisar que los principios rectores tienen naturaleza programática, en el sentido de que señalan o imponen objetivos al poder público, y en particular al legislador, pero en tales términos que la ley no puede ser juzgada con arreglo a su grado de consecución de los mismos. En este sentido, hay que distinguir (Jiménez Campo, 1999, p. 129) entre objetivos y fines, ya que estos últimos sí imponen exigencias que permiten el control de las normas. Sería el caso, por ejemplo, de los fines prohibidos por el art. 14, o del fin del mantenimiento del orden público que puede justificar la limitación de las libertades del art. 16 CE.

En segundo lugar, posibilitan el control constitucional de las leyes de desarrollo, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios (a través de la cuestión de inconstitucionalidad). Ya hemos visto que el Tribunal Constitucional ha considerado los principios rectores como posible canon o medida de validez de la ley.

En tercer lugar, este mandato de actuación favorable implica la prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique a estos principios, eficacia esta de la que podemos encontrar supuestos en nuestra jurisprudencia constitucional. En este sentido, la STC 19/1982, de 5 de mayo, declaró que el art. 50 CE (protección de la tercera edad) “manda que se deseche la aplicación de una regla que conduce a un resultado opuesto al que dicho precepto constitucional declara deseable” (FJ 6) y en consecuencia se pronunció en contra de una interpretación de la Administración y de un órgano judicial que habían considerado incompatibles la pensión de viudedad y la de jubilación. Por su parte, la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4 en particular, declaró inconstitucionales determinados preceptos tributarios que podían suponer mayor carga impositiva como consecuencia de estar casado, entre otros motivos, por ser in-

compatibles con el mandato constitucional de protección de la familia y el matrimonio.

En cuarto lugar, otra función que cumplen estos principios rectores es la de justificar limitaciones de derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales. Nuestro Tribunal Constitucional considera que el contenido de los derechos fundamentales sólo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que cuenten con reconocimiento constitucional. En este sentido, cabe recordar las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 57/1994, de 28 de febrero, FJ6. Así por ejemplo, el reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente (art. 45 CE) o del patrimonio histórico-artístico (art. 43 CE) justifica el establecimiento de limitaciones al derecho de propiedad (art. 33 CE) sobre bienes inmuebles: así lo dicen expresamente las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, acerca de la ley de aguas, FJ 7 y la 66/1991, de 22 de marzo, FJ 3. Sin ánimo de agotar los ejemplos, cabe añadir que la protección de la familia (art. 39.1 CE) puede justificar un límite a la propiedad como el de reconocer a terceros (miembros de la familia) el derecho a subrogarse en la posición del arrendatario, como señaló la STC 222/1992, de 11 de noviembre, FJ 4 A.

En quinto lugar, dentro del ámbito últimamente mencionado, es decir, de la virtualidad justificadora de limitaciones de derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales, ha de destacarse la existencia de varios preceptos entre los arts. 39 a 52 CE que identifican a grupos de personas necesitados de especial protección: hijos menores y madres (art. 39 CE), trabajadores españoles en el extranjero (art. 42 CE), jóvenes (art. 48 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50 CE) y consumidores y usuarios (art. 51 CE). Pues bien, el Tribunal ha hecho uso de estos principios rectores en el sentido expuesto como resume la STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 4, que señala los siguientes ejemplos: la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4, sobre la licencia para la lactancia en el trabajo); no se debe considerar contrario al art. 14 CE (principio de igualdad), ni al art 23.2 CE (derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos), una reserva porcentual de plazas para minusválidos en una oferta de empleo público en atención al mandato de protección de los discapacitados que contiene el art. 49 CE (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4).

Sexto. Se trata de normas programáticas, que efectivamente tienen el mero valor informador a que hace referencia el art. 53.3 CE, en sentido similar también a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil. En general, los preceptos del capítulo tercero del título I CE son mandatos vinculantes de actuación que vinculan a los poderes públicos de manera objetiva, imponen tareas estatales de desarrollo permanente y contienen prohibición de cualquier actuación estatal contraria a los mismos.

Séptimo. En fin, legitiman las exacciones patrimoniales coactivas de carácter específico que los poderes públicos impongan a los particulares, así como el sostenimiento de los servicios necesarios con cargo a los ingresos públicos generales.

4.2. Del tenor literal, contenido y naturaleza de los principios rectores, se desprende que muchos de ellos tienen un alcance que va más allá de lo que podría desprenderse del art. 53.3 CE.

En este sentido, cabe señalar:

a) Muchos preceptos contenidos entre los arts. 39 a 52 CE son además mandatos constitucionales de optimización, entendiéndose por ello principios que imponen que el valor que expresan se realice en cada momento en la medida de lo jurídica y fácticamente posible. Esta idea se encuentra en la jurisprudencia constitucional. Así, con apoyo en los arts. 41 y 50 CE, la STC 189/1987, de 24 de noviembre, FJ 10, dijo que tales preceptos imponen un deber de configurar el sistema de seguridad social más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos dentro de las posibilidades reales. Ya hemos visto que, en relación con estos mandatos de optimización no existe ningún reconocimiento constitucional de lo que algunos han llamado la “irreversibilidad de las conquistas sociales”. Parece que para el Tribunal Constitucional solo las conquistas sociales fijadas en la propia Constitución (por ejemplo, la limitación de la jornada laboral o las vacaciones periódicas retribuidas: art. 40.2) serían indisponibles para el legislador. Éste, en todo lo demás no queda sujeto a su propia obra (SSTC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 4 y 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6)

Además, siguiendo a Jiménez Campo (1999, pp. 131-132), son preceptos que tienen un alcance que excede del marco del art. 53.3 CE, los que a continuación se incluyen en los apartados b), c), d) y d).

b) Mandatos simples de regulación al legislador que no imponen tareas permanentes al Estado, como por ejemplo: obligación de permitir legalmente la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE); regulación de las horas de jornada laboral y de las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE); regulación de sanciones penales y administrativas, y de obligación de declarar el daño causado en materia de medio ambiente (art. 45.3 CE); regulación de sanciones penales para aquellos que atenten contra el patrimonio histórico-artístico (art. 46 CE); regulación de la forma en que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art. 47.2 CE); regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que le sean propios (art. 52 CE y además véase STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5).

c) Preceptos que contienen simples reservas de ley, esto es que identifican de forma general un ámbito material más amplio que el de una norma específica que debe ser regulado por la ley (véase la STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4).

d) Normas de igualdad, por ejemplo, la reiteración de lo ya establecido con carácter general respecto de los hijos en el artículo 14, en el artículo 39.2: igualdad de los hijos con independencia de su filiación. Otras imponen, más que permiten, un trato singularizado a favor de determinadas categorías o grupos y en consecuencia deben considerarse concreciones del art. 9.2: protección de las madres (art. 39.2 CE), de la infancia (art. 39.4 CE), de los minusválidos (art. 49 CE) o de los ancianos (art. 50). Este tipo de normas, para nuestro Tribunal Constitucional puede dar fundamento a reglas diferenciadoras (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10; 173/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 55/1994, de 24 de febrero, FJ 2, y 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4).

e) Garantías institucionales

i) Nuestro Tribunal Constitucional, con base en el art. 41 CE, ha sostenido que la seguridad social es objeto de garantía institucional en nuestra Constitución. Concretamente la STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3D, dijo que el art. 41 CE “consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga imprescindible para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

El art. 41 CE, según nuestro Tribunal Constitucional, establece un sistema de prestaciones que no puede estar basado exclusivamente en el equilibrio cuota-prestación, y en el que las cuotas de los afiliados, así como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, no pueden venir determinadas por un régimen contractual, de acuerdo de voluntades, sino por reglas legales que se integran en el ordenamiento jurídico (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, y 37/1994, de 10 de febrero).

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional no siempre ha sido estrictamente coherente con este planteamiento. Así, como indica A. Torres del Moral (2010, p. 620-621), en las pensiones de viudedad ha interpretado la situación de necesidad de la que habla el art. 41 como mera producción de un daño (la muerte de un cónyuge): entre otras, SSTC 142/1990, de 20 de septiembre, y 184/1990, de 15 de noviembre.

ii) Probablemente se puede también considerar garantizada institucionalmente la institución de la familia en el art. 39.1 CE (al parecer, así lo considera la STC 222/1992).

El art. 39 CE establece el principio de protección de la familia tratando los aspectos que han venido considerándose fundamentales de la misma. Algunos autores, en particular Torres del Moral, señalan que hay una superación de la realidad social del modelo que tuvieron los constituyentes (2010, p. 624 y ss.). A este respecto sin embargo, hemos de tener en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional, STC 47/1993, de 8 de febrero, no considera homologables todos los modelos familiares posibles.

Además, nuestro Tribunal Constitucional ve cierta afinidad entre los conceptos de matrimonio y familia, ya en el régimen tributario, ya en las prerro-

gativas de funcionarios consortes habituales en la Administración (sobre el tratamiento fiscal de la familia, v. SSTC 209/1988, de 10 de noviembre, y 45/1989, de 20 de febrero; sobre funcionarios consortes, v. STC 192/1991, de 14 de octubre). La familia basada en el matrimonio y la que no se basa en el mismo no deben recibir necesariamente el mismo tratamiento legal, pero no son compatibles con el art. 39 CE las normas que privan injustificadamente de protección a las segundas (STC 222/1992, de 11 de diciembre).

No está claro que pueda ser la protección jurídica de la familia como algo distinto de la protección social y económica. A. Torres del Moral trae a colación a este respecto la jurisprudencia del TEDH que, en consideración de la familia, considera injustificada la expulsión de un extranjero del territorio nacional, aunque pesen sobre él reiteradas condenas, si su familia reside con él: SSTEDH de 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquim*, y de 26 de marzo de 1992, caso *Beldjoudi*.

iii) En cambio, nuestro Tribunal ha excluido el concepto y la técnica de la garantía institucional para las organizaciones profesionales a las que se refiere el art. 52 CE (STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5).

5. ADDENDA: DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A UN MÍNIMO VITAL DIGNO.

5.1. Introducción

Aun siendo entusiasta defensor de los derechos sociales, en varias ocasiones he explicado que el Tribunal Constitucional no considera irreversibles las conquistas sociales y no considera derechos fundamentales la mayoría de los derechos sociales de prestación. Añado que no podía ser de otra manera, ya que, si todos los principios rectores de política social y económica del Capítulo III fueran derechos subjetivos públicos en sentido estricto, de tal manera que cualquier persona pudiera solicitar una sentencia favorable en base a los preceptos de la Constitución, sin mediar desarrollo legislativo y normativo, ni consignaciones presupuestarias, entonces comenzaría a dictarse un conjunto abigarrado y caótico de sentencias reconociendo el derecho a las prestaciones más diversas. Imaginemos, por ejemplo, que cualquier persona, con la sola invocación del precepto constitucional, pudiera obtener una sentencia que condenara al Estado a proporcionarle una vivienda o cualquiera de los otros derechos reconocidos en el Capítulo III. En este caso, en los años sucesivos, los Presupuestos Generales de los entes públicos, tendrían que limitarse a dar ejecución al conjunto abigarrado de sentencias que se hubieran dictado en años anteriores, que dependería de las iniciativas de los ciudadanos para pleitear, de la habilidad de los abogados y del criterio de los jueces. Es decir, no tendría el Gobierno la iniciativa para proponer un presupuesto en función de las prioridades políticas que considerara oportunas y con las que hubiera ganado las correspondientes elecciones. Quiero decir con ello, que puesto que los recursos económicos son limitados, la negación de la condición

de derechos subjetivos a los derechos sociales, es consecuencia, o es coherente, entre otras cosas, con la división de poderes. Es al Gobierno y al Parlamento a los que corresponde decidir las prioridades del gasto público.

Naturalmente, con ello no estaba afirmando que las sentencias de los tribunales no tuvieran que ser cumplidas por los Presupuestos Generales del Estado, sino todo lo contrario.

Sin embargo, mi postura no es comprendida por los que se consideran auténticos “partidarios de los derechos sociales”, que reaccionan afirmando que hay medios económicos suficientes para satisfacer los derechos sociales, y que si no se satisfacen es tan sólo por falta de voluntad política. Y también se me dice que yo mismo había reconocido que el derecho a la educación en nuestro sistema es un derecho fundamental a pesar de su naturaleza de prestación social.

Sigo pensando que, en términos generales, los derechos de prestación no pueden ser protegidos por los jueces sin mediación del legislador. No puede quedar al arbitrio de los jueces en qué supuestos, por ejemplo, la Administración tiene que construir una vivienda a una persona.

Si una Constitución protege, con las mismas garantías que los derechos de autonomía, los derechos de prestación, generaría una situación caótica en la que probablemente acabarían desprestigiándose las resoluciones judiciales, los derechos y la Constitución. Ciertamente, el constituyente, en países con una economía suficientemente fuerte, puede privilegiar algún derecho social de prestación y otorgarle protección directa ante los tribunales. Es lo que ha ocurrido entre nosotros, con el derecho a la educación. Pero si se intentara hacer igual con todos los derechos de prestación se pasaría a una situación caótica.

Por reconocer que los recursos económicos son escasos, no se es enemigo de los derechos sociales. Lo que se quiere decir cuando se dice que no son derechos fundamentales o derechos subjetivos públicos exigibles ante los tribunales sin mediación del legislador, no es que no existan, sino que, dado el carácter excesivamente genérico de las cláusulas constitucionales y la escasez de los recursos económicos, lo racional y democrático es que el legislador concrete qué prestaciones sociales son prioritarias, y las configure dándoles contenido concreto. No es que los derechos sociales no sean en absoluto derechos subjetivos, sino que no lo son en su plenitud sin la mediación de un legislador que los concrete.

Desde esta perspectiva, creo de gran interés la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA en lo sucesivo) que voy a describir y comentar¹, pues por un lado, no deja vacío de contenido el imperativo cons-

¹ Esta parte del trabajo es una síntesis del artículo de Fisahm, Andreas y Möller, Michael, “Lo Stato sociale in Germania: il Tribunale Costituzionale Federale “parla” alla politica note sulla sentenza del Tribunale Costituzionale del 9 de febbraio 2010” en *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, anno LXI, 2010, N° 3, páginas 395 y ss. Incluyo este trabajo aquí porque he podido comprobar que esta importante Sentencia es muy poco conocida entre nosotros.

titucional de la dignidad humana combinado con la cláusula del Estado social, y por otro, deja margen para que sea el Gobierno y el Parlamento los que concreten el derecho.

El TCFA se ocupó en febrero del año pasado del tema fundamental de qué es lo que necesita una persona para vivir y decidió que el nivel de la prestación por desempleo, tal y como estaba previsto por la ley Hartz IV, debía ser calculado nuevamente tanto para los niños como para los adultos.

La Sentencia fue acogida favorablemente por los partidos, por las organizaciones de ayuda social y por los sindicatos. Teniendo en cuenta que las personas beneficiarias de las prestaciones que se derivan de la ley Hartz IV son casi 7 millones, el gobierno hubo de tener en cuenta la previsión de un gasto considerablemente superior.

En el momento de dictarse la Sentencia la cantidad era de 345 euros, mientras que los menores recibían una suma total que viene a ser de entre el 60 y el 80% del referido importe. Ahora bien, los jueces del TCFA consideraron que el nivel de las prestaciones para los niños y los adultos no era manifiestamente inconstitucional y que, en determinadas circunstancias podía ser considerado aceptable. En cambio es considerado inconstitucional el método de cálculo de los importes, ya que el legislador había fijado el nivel de las anteriormente referidas prestaciones mediante estimaciones. En particular, para los niños, la necesidad efectiva no es el resultado de un cálculo, si no de una simple estimación. El Tribunal Constitucional ordenó por tanto al legislador volver a calcular los importes antes del final del 2010².

La opinión pública esperaba con impaciencia la decisión. Los detractores y los partidarios de las reformas la han interpretado en particular como una Sentencia de principio. En ella, por una parte, se valoraba la constitucionalidad de las grandes “reformas sociales”: éstas, introducidas por el gobierno “rojiverde” del canciller Schröder en el 2005 supusieron el fin político de la coalición entre SPD y verdes y muchos sostienen incluso que supusieron el fin del Estado social de la República Federal alemana. Por otra parte, estaba también la cuestión urgente del elevado número de los sujetos beneficiarios de la prestación por desempleo “II” (Arbeitslosengeld II – ALG II).

La Sentencia del Tribunal³ tuvo un impacto enorme tanto a nivel político como social. Sólo en 2006 con base a la ley Hartz IV se habían retribuido prestaciones por un total de 40.500 millones de euros. Entre tanto el gobierno Merkel temía que si los jueces juzgaban demasiado bajos los importes calculados, la sentencia podía generar un incremento de gasto insoportable.

² El Tribunal, sin embargo no emitió indicaciones en cuanto a la entidad de las prestaciones, de modo que no es seguro que los sujetos beneficiarios de las ayudas previstas por la ley Hartz IV puedan esperar obtener mayores ventajas económicas.

³ Antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal ya dos tribunales habían manifestado dudas sobre el hecho de que el importe, fijado en el nivel previsto por la ley fuera suficiente. El Tribunal Social Federal planteó cuestión al TCFA por cuanto consideraba que las prestaciones ordinarias de 345 euros eran inconstitucionales .

5.2. Las llamadas reformas Hartz y el antiguo sistema de prestaciones.

Antes de que el sistema de las prestaciones sociales en Alemania se modificara por la ley Hartz IV de 2005 se componía de tres elementos. Los trabajadores despedidos, y luego desempleados, percibían una prestación de desempleo. Se trataba de una prestación garantizada por un seguro (obligatorio) estatal al que los trabajadores por cuenta ajena habían contribuido con anterioridad. El nivel de las contribuciones, así como el de la prestación correspondiente dependía del último salario percibido. Además del seguro de desempleo limitado en el tiempo, las personas en busca de trabajo y los necesitados percibían la ayuda por desempleo, la cual –en los comienzos de la era republicana– se financiaba con las contribuciones de los trabajadores. Posteriormente, sin embargo, a la vista del incremento del número de parados, los fondos necesarios se obtenían únicamente del sistema general impositivo. El derecho a la ayuda para los parados era ilimitado en el tiempo y permitía al que la percibía conservar su propio ritmo de vida individual a un nivel más bajo, ya que se le abonaban prestaciones equivalentes aproximadamente a la mitad de la última retribución⁴. Las personas necesitadas de ayuda que no tuvieran derecho ni a la prestación por desempleo ni a la ayuda para los parados, recibían una ayuda social que les garantizaba el mínimo vital, entendido por la ley como “mínimo vital sociocultural”.

La financiación de la ayuda social derivaba, precisamente como la ayuda para los parados del sistema general de impuestos. Los beneficiarios de la ayuda social recibían prestaciones equivalentes a unos 300 euros al mes, a lo que se añadían cantidades retribuidas *una tantum* para compras concretas, como por ejemplo, frigoríficos, lavadoras, y también mochilas para la escuela de los niños⁵. El Estado, además se hacía cargo de los gastos de alojamiento y calefacción.

A partir del 1 de enero de 2005 se introdujeron importantes modificaciones del sistema social en vigor; estas, entre otras cosas llevaron, a la unificación de la ayuda para los parados con la ayuda social en la llamada ALG II (Arbeitslosengeld II). Los beneficiarios de la prestación ALG II perciben ahora como máximo 345 euros al mes, además de las prestaciones para alojamiento y calefacción. Importantes disposiciones posteriores establecen que el nivel de la prestación de ayuda ya no tenga como parámetro de referencia

⁴ El montante de la prestación por desempleo llegaba al 53% o al 57% de la retribución. El parado percibía el importe más alto en caso de existencia de hijos a su cargo.

⁵ El art. 21.1.a de la ley federal sobre la ayuda social, que estuvo en vigor hasta 31 de diciembre de 2004, permitía la obtención de ayudas para el mantenimiento mediante prestaciones concretas: tales prestaciones podían ser obtenidas para la reparación de la ropa y los zapatos en cantidades elevadas y para la adquisición de este tipo de cosas por un total de cierta entidad, para la adquisición de material escolar o incluso para la adquisición de productos de consumo de larga duración y alto valor o para ocasiones particulares.

la última retribución como ocurre en el caso de la ayuda para los parados, si no que se establezcan importes ordinarios de una cantidad fija. Además estas prestaciones ya no reflejan el tenor de vida individual al nivel más bajo, si no que aseguran solamente el mínimo vital del particular.

El antiguo sistema, considerado en su conjunto, prometía –como hace habitualmente un seguro– el mantenimiento de las condiciones de vida individuales. El nuevo sistema garantiza a todos, de la misma manera, un mínimo vital determinado por el Estado. Además la ley deroga las prestaciones que se hacían una sola vez para adquisiciones una tantum, por lo que, –en particular por lo que se refiere a la ayuda social– se reduce claramente la entidad de la correspondiente prestación. Los que tienen necesidad de ayuda deberán, por tanto, ahorrar para poderse garantizar las compras que antes proporcionaba el Estado.

Estas modificaciones fueron presentadas por la Comisión Hartz, cuyo nombre se deriva del de su presidente Peter Hartz⁶. En el fondo de la reforma de 2005 latía la convicción de la subsistencia de un rechazo del trabajo, generado por excesivas garantías sociales, por lo que las referidas garantías se suprimieron. Ejercitar presión a nivel social llevaría a un aumento a la disponibilidad para trabajar. Desde 2005 el número de parados ha disminuido de 4 a 3 millones, pero se discute mucho si se debe a la ley Hartz IV. La reforma se llevó a cabo desde uno de enero de 2005 mediante la Cuarta Ley para los Servicios Modernos en el mercado de trabajo. Por eso el subsidio ALG II es conocido en el debate público como Hartz IV⁷.

⁶ Este grupo de trabajo, compuesto por economistas, representantes sindicales y políticos de relevancia fue creado en 2002 por el canciller Schröder con la tarea de elaborar una estrategia para reducir a la mitad el número de parados -que entonces era de cuatro millones- en cuatro años. Además se pensaba que la unificación de la ayuda para los parados con la ayuda social, reduciría el gasto administrativo y garantizaría mayor transparencia administrativa y de gestión. También estaba presente la idea de activar la estrategia del *do ut des* en el marco de una “socialdemocracia modernizada”. En este esquema teórico-político, el Estado no debe solamente ayudar (*do*) a las personas que tienen necesidad de ayuda, si no también pretender algo de ello (*ut des*), en la medida en que los beneficiarios del intercambio debían estar dispuestos a aceptar incluso un trabajo “peor”, es decir, sobre todo menos retribuido.

⁷ Se comprenderá que las reformas Hartz se asocian a una fuerte reducción del Estado social en Alemania, que repercutía sobre todo en el amplio ámbito de los perceptores de la ayuda para parados cuya entidad se ha reducido notablemente. Si con anterioridad los parados podían todavía contar con prestaciones equivalentes al 50% de la última retribución, hoy, tras la reforma, reciben 345 euros al mes. Notablemente esto podía significar que el particular se veía obligado a reducir notablemente su nivel de vida para sobrevivir con los medios que se ponían a su disposición. La consecuencia es que ha crecido entre los trabajadores el temor de quedarse sin trabajo y de verse en poco tiempo con la prestación ALG II en un nivel de renta al que no están acostumbrados.

Las llamadas reformas Hartz IV han alimentado las protestas de los sindicatos y de los entes de ayuda social contra tal “paquete antisocial” de medidas de austeridad, que ha redu-

5.2. A. Contenidos de la reforma Hartz IV

El núcleo de las reformas está constituido por la Cuarta Ley para los Servicios Modernos en el Mercado de Trabajo, que establece en primer lugar la unificación de la prestación de ayuda para los parados con la ayuda social en una única prestación denominada ALG II. A tal unificación se asocia ante todo una notable reducción del Estado social que afecta a las personas que percibían la antigua prestación por desempleo, cuyo nivel de vida se ha rebajado al nivel del umbral del mínimo vital sociocultural⁸

La entidad y el nivel de las prestaciones ordinarias se establecen por el legislador (art. 20.1 III del SGB II). La prestación ordinaria comprende en particular los siguientes costes: alimentación, vestido, cuidado del cuerpo, ajuar doméstico, exigencias de la vida cotidiana, así como, en medida sostenible, también las relaciones con el ambiente y la participación en la vida cultural. El cabeza de familia y las personas que viven solas perciben el 100% de la suma ordinaria (345 euros). Si dos adultos capaces de trabajar viven juntos, formando un núcleo familiar necesitado, reciben en conjunto el 180% del importe ordinario (621 euros). Para los hijos se prevé una reducción del 40% del importe (207 euros) hasta que cumplen 14 años. Una vez que cumplen los 14 años la reducción sobre el importe ordinario es del 20% (276 euros).

cido a la pobreza amplias capas de la población alemana. La resistencia de los sindicatos y de los entes de ayuda social de todas formas ha ido disminuyendo. La insatisfacción de la población se manifestó en las derrotas electorales del SPD, que había promovido las reformas durante el gobierno del canciller Schröder. No ya elementos de la izquierda del partido, sino incluso parte del núcleo tradicional, se han separado del SPD y se han dirigido a la Linke, nacida del PDS (Partei des Demokratischen Sozialismus). Así lo prueba no sólo el aumento de su número de afiliados sino también el incremento de votos recibidos por este último partido.

⁸ Con la ley de reforma, cuya entrada en vigor rige desde 1 de enero de 2005, se introdujo el Libro Segundo del Código Social (*Sozialgesetzbuch Zweites Buch-SGB II*) –garantía fundamental para los que buscan trabajo-, en el que se establece un conjunto de garantías normativas medidas en función del nivel de las necesidades de los capaces de trabajar y de los que conviven en una comunidad necesitada. Según el Código Social II (SGB II) tienen derecho a la prestación ALG II, en primer lugar, todos los sujetos de edad comprendida entre los 16 y los 65 años, que necesiten ayuda, capaces de trabajar y que residan habitualmente en Alemania. Además, tienen derecho a las prestaciones también los sujetos capaces de trabajar que viven en lo que se llama una comunidad necesitada con sujetos que necesitan ayuda. Se trata, por ejemplo, del cónyuge o de los hijos menores no casados, en la medida en que no perciban una renta suficiente para el propio mantenimiento. Los no capacitados para trabajar, o no pertenecientes a una comunidad necesitada, perciben la prestación ALG II según el Libro XII del Código Social (*Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch*).

Los sujetos necesitados de ayuda reciben la prestación ALG II como cantidad ordinaria para garantizar su sustento, e incluidos gastos proporcionados de alojamiento y calefacción (art. 19. SGB II). Solo en casos excepcionales, expresamente previstos, la ley establece prestaciones pecuniarias una tantum (Art. 23 III. SGB II. Entre estos casos excepcionales se incluyen: la adquisición inicial de muebles para apartamentos (incluidos los electrodomésticos), la adquisición inicial de vestimenta también caso de gravidez y parto, así como las excursiones escolares).

5.2. B. Cálculo de la prestación ordinaria

Desde el punto de vista de la determinación de la prestación ordinaria, suficiente para garantizar el mínimo vital, existen fundamentalmente dos métodos de cálculo diversos para establecer en términos abstractos la necesidad mensual de dinero.

A partir de 1962, los importes ordinarios en el ámbito de la ayuda social se han determinado con base en el llamado modelo de la cesta, consistente en establecer por hipótesis una cesta de bienes medida sobre la base de las costumbres vitales y de consumo de las franjas de renta inferior.

Se valoraban los bienes de los que tiene necesidad un núcleo familiar compuesto por dos adultos con renta limitada, que percibe la pensión o la prestación de ayuda social. Los costes de tales hábitos de vida y consumo se calculan concretamente en razón del precio de los bienes al que se ha hecho referencia y sobre la base del mismo se establecen los importes ordinarios.

Desde 1990, sin embargo, se fijan con base en unos patrones de renta y consumo⁹. El antiguo sistema de prestaciones de la ayuda social, en el que se calculaban los importes ordinarios con base en unos patrones de renta y consumo, preveía –para necesidades excepcionales que no se repetían– contribuciones estatales *una tantum* que se añadían a las prestaciones. Con la unificación de la prestación de desempleo con la prestación de ayuda social, este sistema de cálculo se mantiene pero las prestaciones *una tantum* por necesidades excepcionales (según el Libro II del Código Social) no se devengan. El importe ordinario calculado, sin embargo, se aumenta para el tipo de ne-

⁹ Para ello, cada cinco años, en Alemania se consulta a sesenta mil núcleos familiares elegidos, por lo demás, según una tipología de núcleo familiar, la posición social del perceptor de la renta principal y la renta neta del núcleo familiar. Durante la recogida los núcleos familiares que participan voluntariamente anotan durante tres meses todas las entradas y salidas en un presupuesto establecido a este propósito. Cada cuatro núcleos participantes, hay un quinto que tiene una libreta de anotaciones, en la que durante un mes registra de manera detallada todas las salidas para los alimentos, bebidas y tabaco, anotando la cantidad y precio de los mismos. Para el cálculo del importe ordinario uno se basa en los gastos para consumo del 20% inferior de los núcleos familiares clasificados con base en la renta neta. La determinación de este grupo de referencia se realiza de acuerdo con una decisión política. A diferencia del modelo de la cesta, no se tiene en cuenta todos los gastos efectuados por este grupo de referencia, si no sólo algunas partidas. Esto provoca que en el cálculo de la prestación ordinaria no se tomen en consideración las necesidades *una tantum* y las que se consideran típicas de la prestación de ayuda social. Con este modelo estadístico, el importe ordinario se fija por tanto únicamente según el consumo de las franjas inferiores de renta. Además, la base de cálculo también se restringe en el sentido de que no se reconocen determinados gastos. Si se consideraran todas, el importe ordinario se situaría en torno a los 779 euros al mes. Como este modelo estadístico tiene en cuenta, por el momento, solamente los núcleos familiares compuestos por una persona, para los ulteriores miembros del núcleo se ha elaborado un sistema para deducir indirectamente los importes ordinarios según un cálculo diferenciado modificado. Sobre tal base se produce una relación porcentual sobre el importe ordinario para los núcleos unifamiliares.

cesidad anteriormente cubierto por prestación de ayuda *una tantum*.

La siguiente tabla indica qué gastos han sido considerados como base de cálculo para establecer el importe ordinario de 345 euros (situación correspondiente al año 2003). V. tabla en la página siguiente.

Se puede compartir la estrategia de fondo de la reforma, basada en la unificación de la prestación de desempleo con la prestación de ayuda social, y por tanto en la exclusión de un derecho al mantenimiento del nivel de vida individual.

Quien, a lo largo de su actividad laboral ha sido bien o muy bien retribuido, debería, una vez transcurrido un tiempo prolongado, no tener ningún derecho a ser mantenido en un nivel elevado por el sistema impositivo general. Se puede compartir la idea de que cada persona reciba del Estado una misma cantidad para el sustento. El antiguo sistema de la garantía del nivel de vida presentaba diversidad de condiciones con cargo a la colectividad.

<i>Tipología</i>	<i>Cuota</i>	<i>Exclusiones</i>	<i>Importe (redondeado)</i>
Alimentos, bebidas y tabaco.	96%	El gasto de tabaco se calcula solo al 50%.	127 €
Vestido y zapatos.	89%	Vestidos a medida, pieles, vestimenta de trabajo.	34 €
Vivienda.	8%	Alquiler y calefacción.	26 €
Muebles y ajuar doméstico.	87%	Muebles para acampar y objetos de arte.	25 €
Ayuda sanitaria.	64%	Prestaciones sanitarias con recuperación hospitalaria, prestaciones odontológicas.	13 €
Circulación	37%	Gastos para automóviles, motocicletas y reparaciones	16 €
Correo, teléfono e internet.	64%	Costes para aparatos telefónicos y fax al 50%, servicios de telefonía y fax al 60% y costes de internet en parte.	30 €
Tiempo libre, esparcimiento, cultura.	42%	Embarcaciones deportivas, ala delta, aparatos fotográficos y cinematográficos, soportes audiovisuales, animales de compañía.	39 €
Educación	0%	Gastos de conjunto no pertinentes a efectos del importe ordinario.	0 €
Consumiciones y hospedajes nocturnos.	30%	Se considera solamente la cuota relativa a los alimentos.	8 €
Otros costes para bienes y servicios.	65%	Joyas y metales preciosos, multas.	27 €
Total			345 €

La cuestión fundamental sigue siendo, de todas formas, la del nivel que debe tener el importe para garantizar al individuo un mínimo vital digno. De

esto se tuvo que ocupar el Tribunal Constitucional. Se trataba de valorar si el importe ordinario de 345 euros satisfacía o no lo imperativos constitucionales. La experiencia, en todo caso, demuestra que un devengo que alcanza como máximo los 345 euros mensuales es claramente insuficiente.

El Tribunal Constitucional no tenía sin embargo que juzgar con base en la experiencia, sino referirse a normas constitucionales.

5.3. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

El Tribunal Constitucional tenía que decidir si las modalidades de cálculo de las prestaciones ordinarias de 345 euros y las reducciones practicadas para los niños y los jóvenes eran compatibles con la Constitución.

El Tribunal no examinó la cuestión de si el nivel efectivo de la prestación era suficiente, porque consideraba que no era manifiestamente inconstitucional. En cambio se ha planteado el problema de si los gastos necesarios para la subsistencia han sido el resultado de un procedimiento transparente y congruente, así como comprensible, fundado en datos fiables y métodos de cómputo convincentes.

El control, por tanto, tenía por objeto el método de cálculo y los factores a considerar en el mismo. No se trataba, por tanto, de responder a la pregunta de si la arquitectura de las reformas era inconstitucional o no, porque la cuestión no era valorar la unificación de la prestación de desempleo con la prestación de ayuda social. El examen del resultado de tal cálculo, es decir, el nivel de la prestación, se redujo a la verificación de los criterios utilizados.

Habría sido deseable –y esto habría entrado en el marco de la interpretación jurídica– que el Tribunal Constitucional hubiera ofrecido contribuciones concretas o hubiera indicado al menos estándares mínimos que no pudiera sobrepasar el legislador para la prestación ordinaria adecuada para garantizar un mínimo vital. La cuestión crucial en términos de presupuesto así como en términos de impacto social –es decir, cuanto vale para el Estado una vida digna– se ha reenviado por parte del Tribunal Constitucional a la política.

Se reconoce que corresponde al legislador la tarea de determinar la cuantía de la prestación. El legislador está legitimado para asumir decisiones políticas en el ámbito de un marco de referencia constitucional. La Ley Fundamental (LF, en lo sucesivo) contiene principios que, en el caso de la seguridad social se pueden condensar en un derecho fundamental, pero ciertamente no se dejan concretar en cifras. Sin embargo el modelo de cálculo –el método para determinar el mínimo vital sociocultural– se ha aceptado por el TCFA sin un examen suficiente, considerándolo fundamentalmente justo y no claramente inconstitucional.

A. Derecho fundamental a la “garantía de un mínimo vital digno”

El Tribunal Constitucional ha examinado, por tanto, la determinación de los importes ordinarios a la luz del “derecho fundamental” establecido por la

LF “a la garantía de un mínimo vital digno”. Por tanto los jueces elevan expresamente tal derecho al rango de derecho constitucional fundamental, que con anterioridad nunca había sido empleado como criterio de control. Y en efecto, ni siquiera podía haberlo hecho, porque la Constitución alemana no reconoce un derecho fundamental, explícitamente formulado como tal a un mínimo vital digno, sino que se declara explícitamente a favor del Estado social (art. 20) y tutela la dignidad humana como valor constitucional supremo.

Desde el punto de vista del método, el Tribunal recorre un camino ya recorrido otras veces. Condensa una orientación jurisprudencial¹⁰, que ha expresado hasta la actualidad problemas análogos de fondo, en un derecho fundamental que no se había planteado nunca de esta forma. El Tribunal funda el nuevo derecho fundamental sobre el valor de la dignidad humana (art. 1 LF) relacionándolo con el principio del Estado social (art. 20), delegando al legislador la tarea de garantizar a cada uno un mínimo vital digno. Hasta la actualidad los jueces que se pronunciado sobre el fondo del asunto, habían fundado en la combinación de los dos artículos de la Ley Fundamental el deber del Estado a la ayuda a los necesitados como presupuesto mínimo para una existencia digna. Que el Tribunal Constitucional Federal eleve ahora tal derecho al rango constitucional es algo que se debe valorar muy positivamente.

Añádese a esto que el derecho a una existencia digna fundado en el art. 1 se considera “intangible” y vinculante para el legislador, que garantiza la realización concreta del mismo. Además, tal derecho resulta revalorizado por el hecho de que el particular puede reclamar contra su violación por medio de un recurso constitucional.

Sin embargo, tal revalorización no se puede considerar en sí misma equiparable a un aumento de las prestaciones sociales y a la mejora de la condición social del beneficiario de las mismas. Además los jueces constitucionales explican que el derecho fundamental sería sustancialmente indisponible, “pero la concretización y la actualización constante por parte del legislador requiere que este último deba ajustar periódicamente las prestaciones a devengar al nivel de desarrollo de la comunidad de las condiciones de vida existentes” (STCFA de 9 de febrero de 2010, líneas 133 y ss).

El derecho fundamental a las prestaciones creado recientemente es objeto de una reserva de ley que regula los aspectos organizativos del mismo. Tampoco sería admisible una solución distinta, porque, desde el punto de vista de la legitimación democrática es fundamentalmente justo que la organización de una garantía jurídica se deje al legislador y no a los jueces. Para la realización concreta de los derechos siempre es necesaria una ley, y el legislador puede ejercitar su discrecionalidad al considerar qué nivel de prestaciones

¹⁰ Cfr TCF 40, 121 Vgl. BVerfGE 40, 121 (131). Limitación en el tiempo de la pensión a los huérfanos; 82, 60 (85): reducción de prestaciones familiares; 113, 88 (108 ss): mantenimiento de los padres.

considera suficiente para garantizar un mínimo vital digno. Por tanto se puede valorar el ejercicio de la discrecionalidad legislativa a la luz de las normas constitucionales sólo en caso de evidentes violaciones del derecho a una existencia digna y de vicios procedimentales.

Como el Tribunal Constitucional excluye una violación evidente, ya no es necesario controlar el nivel de las prestaciones. El Tribunal dice que: “para determinar la entidad del derecho, el legislador debe calcular todos los gastos necesarios para el sustento con un procedimiento transparente y objetivo, realista y susceptible de ser compartido, basado en datos fiables y métodos de cómputo convincentes” (STCFA de 9 de febrero de 2010, criterio 3 y línea 139).

Por tanto considera que solamente un procedimiento correcto y transparente puede producir decisiones “justas”.

El derecho fundamental, por una parte, tutela la existencia física del particular, en el momento en que se le ofrece la posibilidad de procurarse alimentos, vestido y ajuar doméstico o tener una casa. Por otra parte, el mismo derecho contiene también un derecho al cuidado de las relaciones interpersonales y a una mínima participación en la vida política, cultural y social. Se trata por tanto de un mínimo vital sociocultural. A nivel constitucional la persona debe considerarse un *zoon politicon*, un ser social, porque la existencia mínima en una sociedad democrática se completa con la participación en el proceso político.

Y la persona se concibe como ser social, comunicativo, que puede realizar la propia personalidad sólo en sociedad y en comunidad con otros y en contacto con la producción cultural de la sociedad a la que pertenece. Si, en principio, de la carta constitucional se puede derivar tal derecho, no deriva de ella ninguna indicación respecto de qué medios financieros son necesarios para su goce, ni sobre qué exigencias mínimas deben ser satisfechas. Por eso, repetimos, el derecho fundamental para la realización concreta depende del legislador.

B. Prestación ordinaria fijada de manera inconstitucional

La mayor desilusión provocada al beneficiario de la prestación ALG II por la sentencia a la que nos venimos refiriendo, debería consistir en la convicción del Tribunal de que una prestación ordinaria de 345 euros mensuales no es claramente insuficiente. Además los jueces no han objetado nada respecto del hecho de que los costes para las necesidades *una tantum* se hayan considerado en su conjunto e incluidos en el importe ordinario. También estaría sustancialmente en línea con la Ley Fundamental la decisión del legislador de escoger como base de cómputo el nuevo modelo estadístico. De ello se sigue que es correcto escoger tal enfoque metodológico y establecer que el grupo de referencia esté constituido por el 20% inferior de los núcleos familiares clasificados con base en la renta neta.

El Tribunal, en efecto, considera que el modelo estadístico es “un método constitucionalmente admisible, como método razonable para la determinación de un mínimo vital coherente con la realidad”¹¹.

Además, el modelo estadístico y de consumo ofrecería respecto del “método de la cesta también la ventaja de que no establece el mínimo vital más allá del cual la garantía de la supervivencia física con base en los diferentes conceptos de necesidad seleccionados individualmente pero, junto al mínimo vital mide los gastos necesarios para garantizar un mínimo de participación social con base en el comportamiento efectivo de gasto”¹².

Los jueces han manifestado algunas dudas de naturaleza constitucional en relación con la prestación ordinaria fijada para los jóvenes, los niños y los adultos: no porque sea demasiado baja, si no por sus vicios procedimentales. El cálculo del importe ordinario –según los jueces– está viciado por un defecto de procedimiento ya que el legislador en algunos puntos se ha alejado de la estructura del modelo estadístico sin una razón objetiva evidente. En efecto, ha introducido algunas reducciones sin motivo, o ha efectuado valoraciones sin una base suficiente de datos objetivos.

Para el cálculo del importe ordinario, el legislador habría practicado reducciones porcentuales por bienes y servicios no relevantes a los fines de la prestación, sin ni siquiera dejar claro si el 20% de los núcleos familiares ha soportado tales gastos. Estos incluyen gastos para pieles y vestidos a medida, mobiliario para acampar y objetos de arte, aparatos de fax, embarcaciones deportivas y alas delta. El absurdo es evidente: los sujetos que se encuentran en la franja del 20% inferior de renta no gastan en la adquisición de pieles o alas delta. Los gastos para tales objetos de lujo se han estimado –dado que obviamente no constan en los libros contables de los núcleos familiares– y se ha restado tal cuota, porque no sirve para garantizar el mínimo vital.

Se han criticado en particular las reducciones para los gastos de energía eléctrica, para la necesidad de movilidad, así como la completa exclusión de los gastos de educación. En conjunto, de los gastos reales del 20% inferior de los núcleos familiares –estimados por el legislador– se ha practicado una reducción del 56%. Por tanto, los consumos relevantes para los fines de la prestación no se han constatado en absoluto de manera coherente¹³.

En la base de tal reducción hay además una definición política discutible de los niveles, con la que se debería respetar la obligación de la diferencia salarial. En principio, los beneficiarios de ayuda social deberían estar peor que las personas que tienen un trabajo mal pagado. Pero, sin embargo, la retribución de las franjas de renta inferior está por debajo del mínimo vital, y, si las franjas de renta inferior para aumentar esto, además del salario perciben las

¹¹ STCFA, línea 163.

¹² STCFA, línea 166.

¹³ STCFA, 9 de febrero 2010, línea 175.

prestaciones previstas por la ley Hartz IV, el modelo de cálculo, a pesar de la necesaria discrecionalidad política, crea problemas. Se establece un círculo vicioso: el sistema Hartz IV genera *dumping* salarial y calcula el mínimo vital de las franjas de renta, que de esta manera quedan clasificadas como más bajas. El Tribunal Constitucional, con su ofuscación respecto de la realidad económica, no ha tenido en cuenta tales consecuencias en el sistema social.

Con referencia a los niños y a los jóvenes, el legislador –según el Tribunal Constitucional– habría practicado una reducción del 40% y del 20% respectivamente; sin que, sin embargo, se haya calculado verdaderamente la necesidad efectiva de tales sujetos. Por tanto, el legislador no ha considerado ni el desarrollo de la personalidad específico del niño ni los gastos para el cumplimiento de las obligaciones escolares, como necesidades incluidas en el mínimo vital. El legislador no puede estimar la necesidad efectiva de jóvenes y niños, y no puede ni siquiera tratarlos como si fueran “pequeños adultos”, practicando simplemente reducciones sobre el importe ordinario previsto para los adultos. Sin la cobertura de los costes de los gastos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones escolares, “el riesgo para los niños necesitados es que se vean impedidos de las posibilidades vitales”. La reducción del importe ordinario para niños y jóvenes lleva a consecuencias absurdas: a nivel de puro cómputo, un bebé dispone de dinero para comprar cerveza pero no pañales.

Y, siempre según la ley, el joven de diecisiete años en pleno crecimiento tiene un apetito equivalente al 80% del de la madre. Al no estar previstos recursos económicos para la educación de los adultos, faltan los mismos para los hijos. Esto es lo que ocurre cuando se trata a los niños y a los jóvenes como si fueran “pequeños adultos”.

C. Derecho a la prestación en casos de necesidad atípicos

Hasta ahora, la legislación no ha previsto pagos extraordinarios en los casos en que los beneficiarios de las prestaciones tengan necesidades de ayudas económicas para necesidades atípicas. A raíz de la introducción de las reformas Hartz, estas ayudas ya no están aseguradas, sosteniéndose que para tales adquisiciones atípicas ya se contiene una contribución en los importes ordinarios. A quien tiene necesidad de ayuda, se le da la indicación de apartar dinero, obteniéndolo de las prestaciones mensuales ALG II para sustituir, por ejemplo, una lavadora defectuosa, o para otras eventualidades de este tipo.

El Tribunal Constitucional ha decidido que todos los beneficiarios de las prestaciones tienen un derecho, derivado directamente de la Constitución, a prestaciones que tienen por finalidad garantizar una necesidad de naturaleza extraordinaria inderogable, actual, y no solo *una tantum*. Ésta debe ser necesariamente satisfecha para garantizar un mínimo vital digno. Por tanto, en el futuro, el legislador no está obligado a garantizar prestaciones especiales con las que los beneficiarios puedan comprarse una lavadora o un abrigo durante

un invierno frío. En cambio, del conjunto de los arts. 1.1 y 20.1 LF, se deriva un derecho a la prestación, por ejemplo, en los casos en que la persona necesitada de ayuda, a causa de una enfermedad crónica necesite continuamente fármacos cuyo gasto deba sostener. Que tal derecho debe ser garantizado resulta precisamente del hecho de que tales “hábitos de vida y consumo” no están incluidos en el modelo y, por tanto, el legislador no puede imponer al particular crear reservas para tales eventualidades atípicas.

5.4. Consecuencias de la sentencia

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal deja al legislador la posibilidad de confirmar, en función del nivel, la prestación ordinaria devengada hasta ahora, siempre y cuando motive mejor el objetivo de la misma. Incluso una reducción de las prestaciones ordinarias por la relativa motivación podría eventualmente ser conforme a la Constitución, porque ni el método de cálculo ni la obligación de la diferencia salarial han sido cuestionados.

El legislador debía fijar las prestaciones ordinarias de conformidad con la Ley Fundamental antes del 1 de enero de 2011. Esto excluye la posibilidad de que los destinatarios de las prestaciones puedan contar con devengos que las completen.

Causa perplejidad, ante todo, que los beneficiarios de la prestación ALG II hayan percibido hasta ahora prestaciones cuya entidad ha sido inconstitucional desde el principio. Como los jueces no han podido determinar con base a la Ley Fundamental un nivel efectivo, indicando el importe de la prestación necesario para garantizar el sustento, tampoco han podido obligar al Estado a completar la eventual diferencia sobre las sumas pagadas en el pasado a las personas necesitadas de ayuda.

Merecen ser acogidas favorablemente las declaraciones de los jueces relativas al derecho y a las prestaciones en caso de necesidad atípicos. El legislador tendría tiempo hasta el 31 de diciembre de 2010 para definir una nueva normativa al respecto y, hasta la entrada en vigor de ésta, el derecho derivaría directamente de la Constitución.

Para medir la prestación ordinaria el legislador puede por otra parte escoger el modelo estadístico que toma como referencia las costumbre de vida y de consumo de los núcleos familiares de las franjas de rentas inferiores.

El legislador debe solamente tener cuidado en pesar correctamente los gastos necesarios al sostenimiento y atribuir sólo la justa importancia. Debe justificar objetivamente las reducciones y hacer conocido el método de cómputo. La nueva determinación de la prestación ordinaria no debería sin embargo significar necesariamente que esta se aumente.

Aunque el legislador fije el nivel de las prestaciones de conformidad con la Constitución, esto no significa que no pueda cambiar el nivel de las prestaciones, si bien de forma motivada. Las “crueldades políticas” sostenidas por la mayoría en el Parlamento deben ahora ser planteadas a la opinión pública

haciendo creer que pueden ser presentadas al Tribunal como decisiones motivadas racionalmente.

En el debate político, la sentencia de la que venimos hablando ha ofrecido a los medios gubernamentales un motivo para poder discutir públicamente del ulterior desmantelamiento del Estado social. En las filas de la CDU, después de la sentencia, se han levantado voces que pedían una reducción del importe ordinario previsto por la ley Hartz IV. El presidente del grupo parlamentario de la CDU en el Bundestag, Peter Weiss ha afirmado: “El Tribunal Constitucional Federal no ha dicho que los importes de la Hartz IV sean demasiado bajos”. Según él, una reforma debería llevar a importes ordinarios más bajos. Los políticos del FDP están de acuerdo, y han visto en la sentencia del Tribunal Constitucional una ocasión “para poder hablar del conjunto de las reformas de las ayudas sociales. Modificaciones apresuradas no nos ayudan a progresar”. “Sería justo”, ha afirmado el secretario general de la FDP, Lidner, “que el Estado comenzase por los niños pero no con contribuciones en efectivo para los padres. No quisiera que con un nuevo sistema se crearan incentivos en virtud de los cuales las personas puedan ganar dinero teniendo hijos”¹⁴.

En el debate no se reconoce que la Sentencia no ofrece orientaciones para reducir el nivel del importe ordinario, si no que confía a la política la tarea de ocuparse de definir correctamente, una vez más, el umbral de la pobreza en Alemania, indicando toda una serie de criterios con base en los cuales el legislador puede crear leyes sociales “mejores”.

A pesar de la reticencia mostrada respecto de las explicaciones relativas al nivel del importe ordinario, la Sentencia merece ser acogida favorablemente. Se proporcionan al legislador criterios, sin fijar sin embargo indicaciones políticas. Es además positivo que se proclame “un derecho fundamental

¹⁴ El 5 de julio de 2010 el Ministro de Trabajo, Von der Leyen, señaló en una conferencia de prensa que los niños beneficiarios de la Hartz IV serán asistidos en el futuro con mejores “servicios y prestaciones en especie”. El ministro también afirmó que: “la decisión de no pagar una prestación pecuniaria dirigida a la familia ya se ha tomado, pero haremos de manera que la ayuda vaya directamente a los niños”. Esto significa que en adelante no se dará dinero efectivo a las personas.

El presidente del FDP, así como el Vicecanciller y Ministro de Exteriores, Guido Westerwelle, ha señalado en la discusión sobre el aumento del importe ordinario la existencia de “ecos de socialismo”. “Prometer a la población bienestar sin esfuerzo es una invitación a la decadencia tardo-romana”. Según Westerwelle, no se trata de juzgar la cuestión de quién recibe más prestaciones estatales. En el centro de la discusión debería estar las prestaciones de los contribuyentes. “Esta inversión de la marcha es para mí el núcleo del giro político y mental, que yo, tras la discusión sobre la decisión tomada en Karlsruhe, considero más necesaria que nunca”.

Entretanto, el Ministro de Finanzas, Schauble ya incluyó cuatrocientos ochenta millones de euros en el presupuesto de la enseñanza para poder financiar anteriores prestaciones para los niños beneficiarios de la Hartz IV. A nivel de puro cómputo, el importe de la Hartz IV aumenta, para cada uno de los 1,7 millones de niños, en 23 euros al mes.

a la garantía de un mínimo vital” que permita a cualquiera poderse oponer judicialmente a la violación de la propia “dignidad social”. Los beneficiarios de prestaciones sociales, por tanto, no dependen de la limosna del Estado, sino que tienen un derecho, accionable judicialmente, a la garantía de un mínimo vital digno. Tal derecho, reconocido en principio a nivel jurídico, en plena crisis económica –la más grave desde 1929– tiene una importancia que nunca se podrá apreciar suficientemente. El desarrollo posterior no es previsible; no es improbable que haya una larga fase de paralización, que podría llevar a una reordenación del sistema social. En tal situación, una vez más, ha de subrayarse la importancia de la “creación” de un nuevo derecho fundamental a un mínimo vital sociocultural. Esto impide a los tribunales de instancia adecuar la propia jurisprudencia a la situación social y suavizar los derechos de tutela.

La reticencia del Tribunal Constitucional a establecer una necesidad mínima es expresión del principio de la separación de poderes, de control recíproco de los órganos del Estado. El Tribunal ha controlado si el legislador ha cometido errores. Pero con la Sentencia no se pretende establecer la futura estructura del sistema social en Alemania. La tarea de decidir al respecto se reenvía al legislador. Más que dar indicaciones concretas, el Tribunal proporciona criterios al legislador.

Se puede, en este punto, criticar la reticencia de los jueces constitucionales a indicar cifras concretas relativas al nivel de las prestaciones, pretendiendo que especifiquen el importe necesario para garantizar el sustento. Es criticable, sin embargo, que la política haga referencia a la Sentencia sólo para recitar siempre el mismo eslogan: “el esfuerzo se premia, el que trabaja debe tener más que quien es financiado por el Estado”. Aunque esto sea justo en principio, hay que decir que con este comportamiento la política no cumple la tarea que le asigna el Tribunal.

En última instancia, el punto no es usar impropriamente la Sentencia como pantalla sobre la que proyectar la política de los partidos y sobre la cual cada uno deba examinar su propia ideología política. Es, al mismo tiempo un honor y una carga crear leyes “mejores” y más justas para respetar los imperativos constitucionales y satisfacer también las exigencias de los ciudadanos, al servicio de los cuales debe estar la política.

El Estado social debe ser tomado en serio y la Sentencia tiene también este mérito.

Un Tribunal Constitucional que declara un error del legislador debe ser respetado por la política. Su pronunciamiento no debe ser usado impropriamente para dismantelar el Estado social. Tal interpretación destruye la estructura social nacional. Esto es lo que pondría en peligro a Alemania, y no el considerar que el aumento del importe ordinario sea una forma de decadencia tardorromana. Sin esfuerzo, en efecto, no hay bienestar, y ciertamente, no con trescientos cuarenta y cinco euros.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA DE 9 DE FEBRERO DE 2010, PRIMERA SECCIÓN. TEXTO DEL COMUNICADO DE LA OFICINA DE PRENSA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 9 DE FEBRERO DE 2010.

Renta mínima garantizada – prestaciones ordinarias devengadas según el Libro II del Código Social – incompatibilidad con la Ley Fundamental

El derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital digno, que se deriva del art. 1.1 LF (Grundgesetz – GG) en relación con el principio del Estado social del art. 20.1 LF, garantiza a toda persona necesitada las condiciones materiales que son indispensables para su existencia y para un mínimo de participación en la vida social, cultura, y política. El derecho es absoluto, pero el Parlamento goza de márgenes de discrecionalidad para dar a tal derecho una forma concreta. Tal discrecionalidad, sin embargo, se ejerce sobre la base de un método de cómputo de las prestaciones debidas idóneo y transparente según la necesidad efectiva, es decir, adecuado a la realidad. Las necesidades de naturaleza extraordinaria de los sujetos necesitados también deben ser cubiertas.

I. Hechos.

1. Con eficacia a partir del 1 de enero de 2005, la Cuarta ley para los Servicios Modernos sobre el Mercado de Trabajo (Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt) de 24 de diciembre de 2003 (la llamada ley Hartz IV) estableció la unificación de la ayuda para los desempleados con la ayuda social en la llamada ALG II (Arbeitslosengeld II), dando lugar a una prestación de base uniforme, previa verificación patrimonial para los sujetos capaces de trabajar y las personas que convivan con ellos dentro de un mismo núcleo familiar (comunidad necesitada). Por tanto, las personas necesitadas capaces de trabajar perciben ahora la prestación de desempleo (ALG II), y las personas a su cargo, que no sean capaces de trabajar, y que convivan en el mismo núcleo familiar, en particular, los menores por debajo de los quince años, reciben la prestación de ayuda social. Tal prestación ALG II consta esencialmente de la prestación ordinaria para garantizar el sustento, establecida por los artículos 20 y 28 del Libro II del Código Social (Sozialgesetzbuch Zweites Buch – SGB II), a las que se añaden las prestaciones para alojamiento y calefacción. Estas prestaciones se aseguran cuando no se dispongan de medios propios, en particular, renta o patrimonio. En el momento de su entrada en vigor, el Código Social II fijó en trescientos cuarenta y cinco euros el importe de la prestación ordinaria para las personas que viven en las “antiguas” regiones de Alemania occidental, incluido Berlín Este. El Código Social establece, además, la prestación ordinaria para los restantes miembros del mismo núcleo familiar, calculando un porcentaje del referido importe. Por tanto, a partir del 1 de enero de 2005, el importe para el cónyuge o la persona

que conviva es de trescientos once euros (noventa por ciento), el importe para los niños de menos de catorce años es de doscientos siete euros (sesenta por ciento), y el importe para los jóvenes, a partir de los quince años, es de doscientos setenta y seis euros (ochenta por ciento).

A diferencia de lo dispuesto por la anterior ley federal sobre ayuda social (Bundessozialhilfegesetz – BSHG), la prestación ordinaria, según el Código Social II se devenga prevalentemente como suma global; se excluye cualquier aumento para una necesidad cotidiana. Sólo en casos excepcionales se prevé una prestación *una tantum*, para una necesidad de naturaleza extraordinaria. Para satisfacer una necesidad que se repite en el tiempo, pero no regularmente, se aumenta la prestación ordinaria para permitir a quien la percibe apartar el importe necesario.

2. a) Al fijar la prestación ordinaria, el Parlamento hizo referencia a la Ley Federal sobre la Ayuda Social que, desde el 1 de enero de 2005, se refundió en el Libro XII del Código Social (Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch). Según el SGB II y el decreto sobre el importe ordinario dictado por el ministerio federal competente, la estimación de los importes ordinarios según la Ley sobre la Ayuda Social se efectúa sobre la base de un modelo estadístico que fue elaborado cuando estaba en vigor la propia ley federal sobre la ayuda social. La base para la estimación de los importes ordinarios es la valoración particular del estudio de patrones de renta y consumo, realizado cada cinco años por el Instituto Federal de Estadística. Lo que es relevante a fines de la determinación del importe ordinario de base -que vale también para los individuos- es el gasto -indicado en las diferentes secciones del estudio de patrones- del veinte por ciento inferior de los núcleos unifamiliares clasificados con base en la renta neta (la franja más baja), tras haber excluido a los beneficiarios de la prestación de ayuda social. Al valorar el importe ordinario de base, sin embargo, no se han considerado todos los gastos; en efecto, sólo algunos porcentajes de gasto se consideraron relevantes a los efectos del importe ordinario. El importe ordinario de base, que está en vigor desde el 1 de enero de 2005, se basa en el estudio de patrones sobre renta y consumo de 1998. Para determinar los gastos relevantes a fin del importe ordinario del art. 2.2 del Decreto sobre el Importe Ordinario, no se considera la sección 10 (educación) del estudio de patrones de renta y consumo. Se practican ulteriores reducciones, por ejemplo, en la Sección 03 (vestido y zapatos), por ejemplo, para las pieles y vestidos a medida; en la sección 04 (habitación) en relación al gasto de electricidad; en la sección 07 (transporte) para los costes de los vehículos a motor; y en la sección 09 (tiempo libre, esparcimiento y cultura), por ejemplo, para las alas delta. El importe calculado para 1998 se proyectó al 1 de enero de 2005 con base en las disposiciones que se aplican para la actualización anual de la prestación ordinaria del SGB II y de los importes ordinarios del SGB XII, según el actual coeficiente de las pensiones del Plan Legal de Pensiones (art. 68 SGB VI);

b) para fijar la prestación ordinaria para los menores, el Parlamento se alejó de los porcentajes que estaban en vigor según la Ley Federal sobre Ayuda Social, creando solamente dos grupos de edad (de cero a catorce años, y de catorce a dieciocho años). Inicialmente, el comportamiento de gasto de las parejas casadas con un hijo no se examinó, como se había hecho en los tiempos de la Ley Federal sobre la Ayuda Social.

3. La valoración particular del estudio de patrones de renta y consumo de 2003 ha determinado algunos cambios en lo que se refiere al gasto que es relevante a fines del cálculo del importe ordinario del art. 2.2 del Decreto sobre el Importe Ordinario a partir del 1 de enero de 2007, pero no ha determinado un aumento del importe ordinario de base y de la prestación ordinaria para los individuos. Una nueva valoración particular, realizada sobre el comportamiento de gasto de las parejas casadas con un hijo, indujo al Parlamento a introducir un tercer grupo de edad para los menores que viven en el mismo núcleo familiar: desde los seis a los catorce años. A partir del 1 de julio de 2009, según el art. 74 del SGB II, reciben el setenta por ciento de la prestación ordinaria de una persona. Desde el 1 de agosto de 2009, según el art. 24.a SGB II, los niños en edad escolar reciben, además de esto, ulteriores prestaciones para la escuela equivalentes a cien euros por año escolar.

4. El 20 de octubre de 2009 se desarrolló en la Sección Primera del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) la audiencia pública sobre el recurso presentado por el Tribunal Social del Land de Hessen, y sobre los dos recursos presentados por el Tribunal Social Federal, sobre la cuestión de si el montante de la prestación ordinaria para garantizar la subsistencia de adultos y menores hasta el cumplimiento de los catorce años, en el período que discurre del 1 de enero de 2005 al 30 de junio de 2005, a los que se refieren el art. 20.1 y 20.3 y el art. 28.1, párrafo 3, n.1, inciso 1 del SGB II, es compatible con la Ley Fundamental. En el comunicado de prensa alemán relativo a la audiencia se contienen informaciones detalladas acerca de los actos originales sobre los cuales se basa la presentación de los recursos.

II. *Decisión del TCFA*

La Primera Sección del Tribunal Constitucional Federal decidió que las disposiciones del SGB II que se refieren a la prestación ordinaria para adultos y niños no satisface el requisito constitucional previsto por el art. 1 en relación con el art. 20.1, ambos de la Ley Fundamental, como requisito orientado a garantizar un mínimo vital digno. Las disposiciones siguen en vigor hasta que el Parlamento apruebe nuevas disposiciones, a lo que estaba obligado antes del 1 de enero de 2011.

La Sentencia también dispuso que el Parlamento proveyese, al aprobar las nuevas normas, a garantizar una necesidad de naturaleza extraordinaria, inderogable, periódica y no sólo *una tantum*, de los sujetos que tienen derecho a las prestaciones del art. 7 del Libro II del Código Social, una necesidad que

no esté ya cubierta por las prestaciones del art. 20 y siguientes del Libro II del Código Social, sino que deba obligatoriamente ser satisfecha para garantizar un mínimo vital digno.

La Sentencia también estableció que mientras el Parlamento no adopte nuevas disposiciones, tal derecho podrá hacerse valer directamente, conforme a los fundamentos de la Sentencia de conformidad con el art. 1.1 en relación con el art. 20.1 LF, y los costes correspondientes correrán a cargo del Gobierno Federal.

La Sentencia se basa sustancialmente sobre las siguientes consideraciones.

1.a. El derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital digno, que deriva del art. 1.1 en relación con el principio del Estado social del art. 20.1 LF, garantiza a toda persona necesitada las condiciones materiales indispensables para su existencia y una mínima participación en la vida social, cultural y política. Además, del derecho que deriva del art. 1.1 LF, a la dignidad de cualquier persona, que tiene efecto absoluto, este derecho fundamental que deriva del citado art. 1.1 tiene (en relación con el art. 20.1 LF) un significado autónomo como derecho de garantía. Tal derecho no está sujeto a lo que dispone el Parlamento y debe ser respetado; sin embargo, se le debe dar una forma concreta y además debe ser periódicamente actualizado por el Parlamento. Éste último debe adecuar, periódicamente, las prestaciones que corresponden al grado de desarrollo del ordenamiento y las leyes civiles y a las condiciones de vida vigentes.

Por lo que se refiere a los tipos de necesidad y los medios necesarios para satisfacer tales necesidades, la entidad del derecho constitucional a las prestaciones no se puede derivar de la Constitución. Corresponde por tanto al Parlamento dar a tal derecho una forma concreta. El Parlamento goza de márgenes de discrecionalidad para hacerlo.

A fin de dar una forma concreta al derecho, el Parlamento debe valorar todos los gastos necesarios para el sustento, con base en un método de cómputo idóneo y transparente, según la necesidad efectiva —es decir, adecuada a la realidad.

b. Los márgenes de discrecionalidad del Parlamento para valorar el mínimo vital se corresponden con un cuidado control de las disposiciones de las leyes no constitucionales por parte del Tribunal Constitucional Federal. Como la Ley Fundamental de Bonn no admite que se cuantifique exactamente el derecho, el control sustancial se limita, por lo que se refiere al resultado, a controlar si las prestaciones son claramente insuficientes. El derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital digno no puede ser cuantificado por el Tribunal. Éste, en cambio, puede controlar las bases y el método de valoración de las prestaciones para averiguar si hacen justicia al objetivo al que se orienta el derecho fundamental. Para garantizar un diseño de la entidad de las prestaciones previstas por la ley que se adecue al significado del derecho fundamental, y para garantizar el control de las prestaciones por parte de los

tribunales, la valoración de las prestaciones debe ser justificable sobre la base de cifras fiables y métodos de cómputo plausibles.

El Tribunal Constitucional Federal examina, por tanto:

1. si el Parlamento ha asumido y descrito el objetivo de garantizar una existencia que esté en línea con la dignidad humana, de manera que respete los requisitos del art. 1.1 LF en relación con el 20.1 LF;
2. si ha elegido, en el ámbito de los propios márgenes de discrecionalidad, un método de cómputo sustancialmente idóneo para estimar el mínimo vital;
3. si ha apurado completa y correctamente los hechos necesarios; y, por último,
4. si se ha movido dentro de los límites de lo que es justificable en el ámbito del método elegido y de sus principios estructurales en cualquier fase del cómputo y con cifras plausibles. Para hacer posible tal cálculo por parte del Tribunal Constitucional, el Parlamento está obligado a hacer públicos los métodos y las fases del cómputo utilizado en el procedimiento legislativo. Cuanto el Parlamento no cumpla tal obligación de manera satisfactoria, la determinación del mínimo vital –simplemente a causa de tales carencias–, no podrá considerarse conforme al art. 1.1 LF.

2. Las prestaciones ordinarias de 345, 311 y 307 euros no pueden considerarse netamente insuficientes para garantizar un mínimo vital digno. Por lo que se refiere al importe de la prestación ordinaria de 345 euros, no se llega a decir si está claramente por debajo del mínimo vital, ya que es suficiente, cuanto menos, para garantizar la faceta física del mínimo vital, y porque la discrecionalidad del Parlamento es particularmente amplia en lo que se refiere al perfil social del mínimo vital. Esto es válido igualmente para el importe de 311 euros fijado para el compañero adulto que vive en el mismo núcleo familiar. Al Parlamento se le permite aventurar la hipótesis de que vivir en un mismo núcleo familiar supone una reducción de los gastos y que, por tanto, dos personas que conviven tienen una necesidad financiera mínima inferior al doble de la necesidad de una persona que vive sola. No es además posible establecer que el importe de 207 euros, que se asigna indistintamente a todos los niños menores de catorce años, sea evidentemente insuficiente para garantizar un mínimo vital digno. En particular, no resulta evidente que tal importe no sea suficiente para cubrir el mínimo vital físico, sobre todo, la necesidad de alimentar a niños en edad comprendida entre siete y catorce años.

3. El modelo estadístico que se aplica a la determinación de los importes ordinarios de acuerdo con la Ley de Ayuda Social, y que –según la voluntad del Parlamento– es también la base para la determinación de la prestación ordinaria es un método susceptible de ser compartido –y, por tanto, constitucionalmente admisible– para determinar de manera realista el mínimo vital para un individuo. Por otra parte, se basa en datos empíricos idóneos. El estudio de

patrones de renta y consumo refleja el comportamiento de gasto de la población de manera estadísticamente fiable. La opción del treinta por ciento más bajo de los núcleos unifamiliares clasificados con base a la renta neta, tras haber excluido a los beneficiarios de la prestación de ayuda social como grupo de referencia para determinar la prestación ordinaria para un individuo es constitucional. El Parlamento podría también partir de la hipótesis de que el grupo de referencia sobre el que se basaba la valoración del estudio de patrones de renta y consumo de 1998 se colocaba por encima del umbral de la ayuda social de manera estadísticamente fiable. Es también constitucional que el gasto de la franja inferior, valorado en las diferentes secciones del estudio de patrones de renta y consumo, no sea considerado plenamente, sino que se considere, por el contrario, solamente un cierto porcentaje como gasto que es relevante a los fines de las prestaciones ordinarias para estimar la prestación ordinaria misma. Sin embargo, el Parlamento debe decidir qué gasto forma parte del mínimo vital de manera idónea y susceptible de ser compartida. La reducción de las partidas de gasto, en las diferentes secciones del estudio de patrones sobre renta y consumo, requiere una base empírica, para que puedan ser justificadas. El Parlamento puede considerar irrelevantes gastos que le consten que son efectivos, sólo cuando esté seguro de que pueden ser cubiertos de otra manera y no sean necesarios para garantizar el mínimo vital. Para establecer la cantidad de las reducciones no se excluyen las estimaciones, aun cuando sean llevadas a cabo sobre una base empírica muy sólida, no constituyendo las estimaciones realizadas arbitrariamente una modalidad realista de valoración del importe.

4. La prestación ordinaria de 345 euros no ha sido estimada de manera conforme a la Constitución, porque los principios estructurales del modelo estadístico se han abandonado sin una justificación efectiva.

a) El gasto fijado en el art. 2.2 del Decreto sobre el Importe Ordinario de 2005, que es relevante a efectos del importe ordinario y, por tanto, también a efectos de la prestación ordinaria, no se basan en una estimación practicable del estudio de patrones de renta y consumo de 1998. Porque, por lo que se refiere a algunas partidas de gasto, las reducciones porcentuales para los bienes y servicios que no son relevantes a los fines de la prestación ordinaria (es decir, pieles, vestidos a medida y alas delta) han sido efectuados sin que sea seguro si el grupo de referencia (la franja inferior) ha tenido efectivamente tales gastos.

b) Prescindiendo de esto, la proyección de las sumas valoradas para 1998 hasta el 2005 sobre la base de la evolución del actual valor de las pensiones representa una modificación inadecuada. Mientras el método de valoración estadístico se concentra en la renta neta, en el comportamiento de los consumidores y en el coste de la vida, la proyección según el valor actual de las pensiones se basa en la evolución de las retribuciones brutas, en las contribuciones al seguro general de pensiones y en un factor demográfico. Sin embargo, estos factores no presentan ninguna relación con el mínimo vital.

5. La fijación de la prestación ordinaria en un importe de 311 euros para las personas que viven juntas en un mismo núcleo familiar no satisface los requisitos constitucionales, porque las carencias que han aparecido en lo que se refiere a la determinación de la prestación ordinaria para los individuos, aparecen también para la prestación ordinaria para las parejas, dado que su prestación ordinaria se valora sobre la base de los individuos. Sin embargo, la hipótesis de que un importe equivalente al 180% de lo necesario para un solo individuo es suficiente para garantizar el mínimo vital de dos personas que conviven, se funda, en efecto, en una base empírica suficiente.

6. La prestación social de 207 euros para los menores de catorce años no satisface los requisitos constitucionales porque deriva de la prestación ordinaria de 345 euros, respecto de la cual ya se han realizado objeciones. Además, la fijación del importe no se basa en un método de determinación del mínimo vital para un menor de catorce años que sea susceptible de ser compartido. El Parlamento no ha establecido en absoluto la necesidad específica de un niño; necesidad, que a diferencia de la de un adulto, debe considerar las fases de desarrollo de un niño y un desarrollo adecuado de su personalidad. La reducción del 40% sobre la prestación ordinaria de un individuo se ha fijado libremente sin ningún fundamento empírico o metodológico. En particular, los gastos necesarios para los libros de texto, los cuadernos, las calculadoras, etc., que forman parte de las necesidades de un niño, se excluyen del cómputo. Sin cubrir estos gastos, los niños que tienen necesidad de ayuda, corren el riesgo de verse sin ninguna oportunidad vital. Además, hace falta un cálculo diferenciado de las necesidades de los niños más pequeños y más mayores.

7. Estas violaciones de la Constitución no han sido eliminadas ni por la valoración por patrones de renta y consumo de 2003 ni por la nueva fijación del gasto relevante a efectos de la prestación ordinaria a partir del 1 de enero de 2007, ni tampoco por los arts. 74 y 24.a del SGB II que entró en vigor a mediados de 2009.

a) La reforma del Decreto sobre la Prestación Ordinaria, que entró en vigor el 1 de enero de 2007, no eliminó los defectos esenciales, como por ejemplo el hecho de que el gasto registrado en la sección 10 (educación) no se tomara en consideración, o la proyección de los importes valorados para 2003 con base en la evolución del valor actual de las pensiones.

b) La prestación social correspondiente a los niños de entre siete y catorce años, equivalente al 70% de la prestación ordinaria de un individuo, que fue introducida por el art. 74 SGB II, no respeta los requisitos constitucionales: en primer lugar, porque deriva de la prestación ordinaria, que no ha sido fijada correctamente. Es verdad que al introducir un tercer grupo de edad y al utilizar la determinación del importe que se basa en el art. 64 SGB II, el Parlamento probablemente se habrá acercado más a una determinación realista de las prestaciones necesarias para los niños en edad escolar. Sin embargo, a pesar de eso, no ha satisfecho los requisitos previstos para la determinación

de la necesidad específica de un niño, porque la disposición legal sigue basándose en el gasto de un individuo adulto.

c) La disposición del art. 24.a SGB II, que prevé una prestación no periódica de cien euros, no entra en la necesidad prevista por el SGB II desde un punto de vista metodológico. Además, el Parlamento no determinó empíricamente la necesidad escolar de un niño cuando aprobó el art. 24.a SGB II. Naturalmente, el importe de cien euros por año escolar se basaba en una estimación libre.

8. Además, es incompatible con el art. 1.1 en relación con el art. 20.1, ambos de la LF, que el Libro Segundo del Código Social no contenga una disposición que prevea un derecho a las prestaciones para garantizar una necesidad de naturaleza extraordinaria, periódica y no sólo *una tantum*, y que es innegablemente necesario para garantizar un mínimo vital digno. Tal derecho es necesario para aquellas necesidades que no estén cubiertas por los artículos 20 y ss. SGB II, porque la recogida de datos por patrones de renta y consumo, que es la base de la prestación ordinaria, refleja sólo la necesidad media en condiciones de necesidad normal, pero no una necesidad de naturaleza extraordinaria que se derive de condiciones de necesidad atípicas que excedan de la necesidad ordinaria.

Es admisible conceder una prestación ordinaria con un importe fijo. Si el modelo estadístico se usa respetando requisitos constitucionales y, en particular, si la suma total se fija de modo que sea posible compensar las diferentes partidas de gasto, normalmente la persona que tiene necesidad de ayuda estará en condiciones de organizar su propio comportamiento de gasto de manera que pueda salir adelante con el importe fijado; en caso de necesidad de naturaleza extraordinaria, la persona deberá sobre todo recurrir al potencial de ahorro contenido en la prestación ordinaria. Las estadísticas no reflejan de manera convincente una necesidad que se presente en casos extraordinarios porque, habida cuenta de la manera en que se ha concebido, una prestación ordinaria global puede cubrir solamente una necesidad media. El art. 1.1 en relación con el 20.1, ambos LF, prevé la obligación de cubrir también tal necesidad de naturaleza extraordinaria, inevitable y periódica, no sólo *una tantum*, si ello es necesario en determinados casos para garantizar un mínimo vital digno. Tal necesidad no está todavía cubierta sin excepciones en el SGB II. Dada esta laguna en la cobertura del mínimo vital para el sustento, el Parlamento debe prever disposiciones para los casos de dificultad, en forma de derecho a las prestaciones de ayuda para satisfacer esta necesidad de naturaleza extraordinaria para los que tengan derecho a las prestaciones del artículo 7 SGB II. Sin embargo, este derecho se tiene solamente si la necesidad es tan notable que el importe total de las prestaciones concedidas a la persona que tiene necesidad de ayuda –incluidas las prestaciones que correspondan a terceros y teniendo en cuenta las posibilidades de ahorro de la persona que tiene necesidad de ayuda– ya no garantiza el mínimo vital digno. Dados los estrictos y rigurosos requisitos establecidos para este elemento constitutivo, tal derecho probablemente se considerará sólo en casos infrecuentes.

9. Las normas inconstitucionales siguen siendo aplicables hasta que el Parlamento apruebe nuevas disposiciones, lo que estaba obligado a hacer en un plazo que concluía el 31 de diciembre de 2010. Dados los márgenes de acción del Parlamento, no le corresponde al Tribunal Constitucional Federal la fijación de un determinado importe de las prestaciones con base en las propias estimaciones y valoraciones. Como quiera que no es posible establecer que los importes de la prestación ordinaria fijados por ley sean claramente insuficientes, el Parlamento no está directamente obligado por la Constitución a fijar prestaciones más elevadas, pero debe, con base en las indicaciones recibidas, desarrollar un procedimiento para determinar las prestaciones necesarias para garantizar un mínimo vital digno, que sea realista y tenga en cuenta la necesidad efectiva, y debe plasmar el resultado en una ley como derecho a las prestaciones.

El art. 1.1 LF, en relación con el art. 20 LF, no obliga al Parlamento a fijar prestaciones con efecto retroactivo; sin embargo si el Parlamento no cumpliera la obligación de aprobar una nueva normativa antes del 1 de enero de 2011, una eventual ley contraria a tal obligación aprobada posteriormente deberá ser declarada aplicable desde el 1 de enero de 2011. Además, el Parlamento tiene la obligación de crear no más tarde del 31 de diciembre de 2010, una normativa en el ámbito del SGB II, que garantice que se satisface una necesidad de naturaleza extraordinaria inevitable, periódica, y no sólo *una tantum*.

Las personas que tienen derecho a las prestaciones del art. 7 SGB II que tengan tal necesidad, deben en todo caso percibir las prestaciones necesarias tanto pecuniarias como en especie, incluso antes de la aprobación de la nueva normativa. Para evitar el peligro de una violación del conjunto de los arts. 1.1 y 20.1 LF, en el periodo de transición hasta la introducción de nuevas disposiciones, la laguna inconstitucional correspondiente al periodo de la fecha de la aprobación de la Sentencia en adelante debe ser colmada mediante un auto en tal sentido del Tribunal Constitucional Federal.

6. Bibliografía

- ARAGÓN REYES, M., "Constitución española: economía de mercado y Estado social", *El principio de igualdad* (ed. García San Miguel, Luis), Dykinson S.L., Madrid, 2000.
- CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- COBREROS MENDAZONA, E., "Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, 19, 1987, pp. 27 y ss.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., "El Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n° 69, septiembre-diciembre 2003, pp.139-180.

- FISAHM, ANDREAS Y MÖLLER, M., “Lo Stato sociale in Germania: il Tribunale Costituzionale Federale “parla” alla politica note sulla sentenza del Tribunale Costituzionale del 9 de febbraio 2010”, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, anno LXI, 2010, N° 3, páginas 395 y ss.
- GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al art. 53 CE”, en Oscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 439 y ss.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, Derechos y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- PÉREZ ROYO, J., La doctrina del Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en *REDC*, n. 10, Madrid, 1984.
- POMED SÁNCHEZ, L., “El derecho al medio ambiente”, en M. Contreras, L. Pomed, R. Salanova (coord.), *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Zaragoza, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 1995, pp. 9 y ss.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, “Art. 53.3. La forma de vincular de los preceptos del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución Española”, en CASAS BAAMONDE, M. E., Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1187 y ss.
- SERRANO-SÚÑER HOYOS, G., Y TENORIO SÁNCHEZ, P. J., “Salvaguarda de los derechos fundamentales frente al ruido”, *Revista de Derecho Político*, n° 62, 2005, UNED, Madrid, pp. 95-146.
- TORRES DEL MORAL, A., “Constitucionalización del Estado social”, *Revista Europea de Derechos Humanos*, n° 13, monográfico sobre “La actualidad de los derechos sociales en España y en Europa”, coordinado por L. Jimena Quesada, Instituto de Derecho Público y Fundación Profesor Manuel Broseta, Madrid, 2009.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español. Tomo I: Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 6ª edición, Madrid, 2010.
- TORRES DEL MORAL, A., *Realización del Estado social y constitución económica*, ejemplar mecanografiado.

Aproximación al contenido de un Derecho Constitucional al medio ambiente*

Manuel José Terol Becerra**
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide

Recibido: 20.07.2011
Aceptado: 21.11.2011

Resumen: El silencio de la Constitución española respecto al significado de la expresión “medio ambiente” ha propiciado la elaboración de construcciones teóricas sobre su concepto, sumamente extensas. En ellas aquél concluye identificándose con la naturaleza y ésta con una realidad indivisible y en peligro, además, como consecuencia de la actividad humana. Tan amplias son dichas construcciones que se revelan inapropiadas para proponer, con su ayuda, posibles contenidos de un futuro derecho subjetivo al “medio ambiente”. Con mayor motivo si se estima que su objeto reclamaría la parcela de bienestar autónoma invocada por el artículo 45 de la Constitución, con exclusión de cualquier otra disposición constitucional, de tal modo que permita a sus titulares vivir con comodidad, sin molestias para sus personas ni merma para sus bienes y reaccionar frente a las injerencias de terceros en dicho sosiego. De donde se sigue la negación a la actividad protectora estatal de la naturaleza de toda consideración medioambiental.

Palabras Clave: Medio ambiente, derecho subjetivo, conservación de la naturaleza.

Abstract: *The silence of the Spanish Constitution regarding the meaning of the term “environment” has prompted the development of theoretical constructs about its concept over an extremely long time. They identified the environment as the “nature”, which is with an inseparable reality and in danger as a result of human activity. These theoretical constructs are broad and therefore inappropriate to propose possible meaning of a subjective right to the “environment”. More so if the objective is to reclaim an autonomous wellbeing right invoked in Article 45 of the Constitution, with the exclusion of any other constitutional provision, thereby enabling their holders to live in comfort, without interference with their persons or the reduction of their goods and react against the interference of third parties in that peacefulness. From this follows the denial of the state’s protection of the nature of any environmental consideration.*

Key Words: *Environment, subjective right, nature conservation.*

* Una primera versión del presente trabajo fue publicada con el título: “Conservación de la naturaleza versus al derecho al medio ambiente”, en la obra colectiva, dirigida por Antoni Pigrau Solé y Lucía Casado Casado: *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*. Barcelona, Atelier, 2010.

** Investigador principal del Proyecto de Excelencia P07-SEJ- 3112: “La construcción del Estado Social en el ámbito autonómico y europeo”.

SUMARIO. I. Introducción. II. Propuesta metodológica de aproximación al significado constitucional del medio ambiente. III. El derecho al medio ambiente y la protección de la naturaleza como realidades jurídicas diferenciadas. Mención de sus tratamientos estatutarios. IV. Derecho de propiedad versus protección de la naturaleza.

I. INTRODUCCIÓN

Sería necio negarle a la Constitución la posibilidad de asignarle significados concretos a sus contenidos. Aunque, bien mirado, no sea cosa suya ni, por tanto, se espera que decida hurtar algunas de sus previsiones a la disposición concretizadora de las mismas sino excepcionalmente. Según hacen, por ejemplo, todas las Constituciones con sus dictados relativos a las señas de identidad del Estado o, algunas solamente, cuando acogen cláusulas de intangibilidad.

Dicho sea en otros términos, porque el poder constituyente originario es, en esencia, refractario a cualquier clase de limitación, tanto puede emplear fórmulas sancionadoras de interpretaciones específicas para cualquier regulación suya como eludirlas. Si bien se considera aquí inusual la primera opción referida, por la singularidad que representa la inserción del correspondiente enunciado en el contexto de unas disposiciones tan deliberadamente ambiguas e imprecisas como las que usualmente conforman la Constitución. Por eso mismo, favorecedoras de una pluralidad de concretizaciones ciertamente beneficiosas para su permanencia en el tiempo.

Visto así, desde esta perspectiva, nada tiene de particular el que la Constitución española de 1978 se ocupe en su artículo 45 del medio ambiente sin llegar a definirlo, no obstante. Dicho silencio constitucional, unido al de los documentos certificantes de cómo se elaboró la disposición en torno a qué podían referirse sus artífices con la expresión medio ambiente, alienta a pensar en que para el constituyente se trataba de un concepto lo bastante conocido como para no precisar de aclaración. Cuando la realidad era otra, pues hasta 1984 no certificó la vigésima edición del Diccionario de la Real Academia el uso de la expresión entre hispanohablantes; y aunque es verdad que el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas ya lo usó, no es posible deducir del mismo ni de ninguna otra norma preconstitucional una idea jurídica, en tanto que normativa, de medio ambiente.

Acaso todo ello le sirvió a la doctrina de acicate para construir los conceptos que, en crecido número, ofreció a su respecto desde poco después de aprobarse la Constitución. Tan extensos siempre que tal vez mediaran otras razones alternativas o añadidas en dicho afán conceptuador. Pues, dígame, cómo calificar de otro modo a un conjunto de conceptuaciones oscilantes entre las que pretenden identificar al medio ambiente con la naturaleza o, mejor, con

los elementos que seguramente la conforman –discutiendo quienes así piensan si basta con el aire y el agua para componer su noción o debe integrarse en ella, además, el suelo–, y las que sin cuestionar esa identificación de la naturaleza con el medio ambiente, demandan incorporar a su concepto elementos adicionales de carácter económico, social y cultural. Esa indefinición constitucional sobre el medio ambiente tal vez estimulase al Tribunal Constitucional también a construir la noción del mismo que ofrece en la STC 102/1995, de 26 de junio. De todo ello se darán cumplida cuenta éstas páginas más adelante. Antes interesa recordar que la Constitución española vigente se ocupa del medio ambiente en el artículo 45.

A reserva de lo que se diga luego sobre este artículo, merece destacarse ahora cómo su párrafo primero muy bien podría expresar la idea instalada en la conciencia social, cuando se redactó, de asistirse a un deterioro del medio ambiente imputable a la conducta humana. Eso explicaría la doble consideración de derecho y deber que allí recibe. Pero el interés de dicho enunciado constitucional no eclipsa el que aquí tiene el párrafo segundo, que, de un lado, incluye una referencia a la calidad de vida, digna de destacarse por el nexo que, aun en términos ambiguos e imprecisos, contempla entre la misma y el medio ambiente; y que, de otro, impone al Estado las obligaciones de defenderlo y de restaurarlo, comprometiéndolo así con la procura existencial del individuo que escapa a su control.

A cuyo propósito conviene traer a colación que, según García Pelayo, aun cuando sea difícil determinar qué medidas concretas definen la procura existencial, pues depende de las circunstancias, situaciones y coyunturas, cabe identificar como tales, siguiendo a Forsthoff, las actuaciones de la Administración que buscan proporcionar el goce de prestaciones útiles a la generalidad o, en razón de criterios objetivos, a determinados grupos de personas, en ocasiones. Sentado lo cual, añade García Pelayo que, en todo caso, la procura existencial ha de ocuparse, entre otros asuntos, de “la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional”. De forma que si antes se concretaba en la defensa exterior e interior frente al delito o la subversión del orden establecido, hoy ha de considerársela vinculada con la tutela o amparo del individuo frente a contingencias y necesidades económicas globales, el deterioro del ambiente natural, el agotamiento de los recursos naturales o la radicalización y extensión de los antagonismos en el seno de la sociedad nacional, por ejemplo¹.

En definitiva, el que la Constitución de 1978 contemple al medio ambiente como una parcela del bienestar ciudadano, alienta a emprender su estudio desde una perspectiva antropocéntrica, en la cual se convierta el individuo en el sujeto de la acción tuitiva estatal frente a las alteraciones que

¹ Cfr. Manuel García Pelayo: “El Estado social y sus implicaciones”. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1977 (1982, 3ª ed. Corregida y aumentada), pp. 26 a 30.

en su entorno pueda producirle la actuación de un tercero con merma para su calidad de vida. Eso, exige indagar no tanto respecto a los posibles elementos constitutivos de ese entorno, sino sobre la extensión del ámbito correspondiente a la parcela de bienestar llamada a convertirse en el objeto de la protección del Estado, con la finalidad de acotarla respecto de otras invocadas por la propia Constitución con ese mismo propósito de amparo o tutela estatal, así como, consiguientemente con ello, sobre la clase de alteraciones o molestias que puede conocer el individuo en su medio.

I.1. En torno al significado tradicional y mayoritariamente atribuido al medio ambiente.

I.1.1. Sobre el silencio de los trabajos constituyentes y de la Constitución en torno a su concepto.

Del medio ambiente, se ha dicho ya, se ocupa el artículo 45 y más adelante, en el Título VIII, lo menciona el artículo 149.1.23, ninguno de los cuales ofrece explicación alguna sobre el significado de la expresión. En efecto, no lo hace el párrafo primero del artículo 45, que, invoca al medio ambiente para enunciar el derecho a su disfrute, del que todos son titulares, y el deber de su conservación, que obliga a todos también, no sólo a los poderes públicos. Tampoco dice nada respecto al sentido de “medio ambiente” el párrafo segundo del citado artículo 45, emplazamiento constitucional de una interesante relación entre recursos naturales, calidad de vida y medio ambiente.

Completa lo establecido en la disposición constitucional que ahora se comenta, el artículo 45, un postrer párrafo igualmente hermético sobre el significado del medio ambiente. Pues nada dicen sobre el particular sus previsiones, atentas a las posibles vulneraciones de aquel apartado precedente encomienda al legislador la tarea de regular lo atinente a las sanciones penales o, en su caso, administrativas que, según dispone dicho artículo 45.3, ha de corresponder a sus infractores, puntualizando además éste que pesará sobre ellos la obligación de reparar el daño causado.

Todavía menciona al medio ambiente la Constitución en su artículo 149.1.23 entre el elenco de materias llamadas a conformar, en principio, competencias sobre las que le toca decidir al Estado de modo exclusivo. Si bien, como sucede en otros casos enumerados en el artículo 149.1 de la Constitución, dicha reserva competencial a favor del Estado sólo le faculta, en realidad, para adoptar la legislación básica sobre protección del medio ambiente. Pues el propio artículo 149.1.23 permite que las Comunidades Autónomas, con el concurso necesario de sus respectivos Estatutos de Autonomía, claro está, aprueben normas adicionales de protección medioambiental. A todo lo cual añade la disposición que le corresponde también al Estado la potestad para definir la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. De modo que, como puede comprobarse, nada aclara respecto a la cuestión que interesa dilucidar. Tales son las referencias al medio

ambiente que realiza la Constitución, silentes todas, como ha quedado dicho sobre el significado de la expresión.

Pero si nada dicen, al respecto, los artículos 45 y 149.1.23 de la Constitución sobre el particular, igualmente inútil es buscar dicho pormenor en los trabajos constituyentes dedicados a la concreta elaboración de las disposiciones citadas y no por ausencia o escasez de fuentes. Faltan, desde luego, los diarios correspondientes a las sesiones llevadas a cabo por la Ponencia Constitucional y por la Comisión Mixta Congreso-Senado. Aunque a pesar de tales carencias es abundante la información que proporcionan las publicaciones oficiales de las Cortes Constituyentes de su tarea. El problema radica en otro sitio y es que nada concluyente al respecto se desprende de los documentos generados por las Cortes durante la elaboración de la Constitución.

No es improbable que quienes redactaron la Norma Constitucional conocieran las ideas de medio ambiente expresadas por organizaciones tales como la Unión Mundial para la Naturaleza, el Fondo Mundial para la Naturaleza o Greenpeace, que, desde antes, identificaban al medio ambiente con la naturaleza y a ésta con una realidad inescindible en parcelas y en peligro además por la acción humana². Pero lo cierto es que durante la elaboración de la Constitución no llegó a manifestarse en las Cortes Constituyentes ninguna clase de consideración relativa al significado de la expresión medio ambiente. Tan impenetrables se muestran las tareas del constituyente sobre la idea o ideas de medio ambiente que circulaban en aquellas Cortes que ni siquiera de los debates conducentes a la aprobación de la disposición que, por sus contenidos, permitían albergar esperanzas al respecto, el artículo 45.2, puede obtenerse información satisfactoria sobre el particular.

1.2. Recordatorio de la actitud doctrinal sobre el medio ambiente posterior a la constitución.

Sea como fuere nada tiene de particular que a fuer de difundir los medios de comunicación dicha visión medioambiental terminara ésta por calar en la opinión pública y, por su intermediación, en el mundo del Derecho. Bastante elocuente del predicamento que tienen en España, desde hace tiempo, tales visiones del medio ambiente es el protagonismo que adquirieron, en ciertas construcciones doctrinales efectuadas con la finalidad de conceptuarlo, no mucho después de aprobarse la Constitución vigente, las evocaciones de lo circundante a los seres vivos, en general y a las personas en particular, como esencia de lo medioambiental. Así, en 1981, afirmaba Martín Mateo que “la palabra ambiente, en términos generales, corresponde a la expresión inglesa

² Planteamiento este que aún mantienen las organizaciones citadas, como también, por ejemplo, el Instituto World Watch o el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

environment y a la francesa *environnement* que han sido traducidas con acierto entre nosotros por ‘entorno’, aunque con evocaciones de carácter urbanístico. Una primera aproximación al concepto de ambiente nos remite a una noción amplia que incluye toda la problemática ecológica general y, por supuesto, el tema capital de la utilización de los recursos a disposición del hombre en la biosfera³.

1.3. El medio ambiente jurisprudencial

1.3.1. De su concepto en la STC 102/1995, de 26 de junio.

Según todo apunta el Tribunal Constitucional se inspiró en las referidas construcciones doctrinales cuando, luego de renunciar repetidamente a conceptuar el medio ambiente, decidió ofrecer una noción del mismo, bastante acabada por cierto, en la STC 102/1995, de 26 de junio. Desde luego que el Tribunal consultó el Diccionario de la Real Academia. Pero si lo hizo con la aparente intención, como cabía esperar, de aproximarse así a la idea de medio ambiente circulante entre la sociedad y con ello manifestaba su renuncia a dejarse llevar, en este punto, por su criterio de juzgador, exclusivamente, es decir, si buscaba aprehender el significado de la expresión instalado en la conciencia social con algún fundamento, forzoso es reconocer que esos propósitos se vieron eclipsados por el “a priori” doctrinal sustentador de su indagación que acaba de mencionarse.

Antes interesa referir apenas la actitud jurisprudencial aludida, esquivada a la conceptualización del medio ambiente, mostrada por el Tribunal en pronunciamientos anteriores a la STC 102/1995. Pues, en efecto, en las SSTC 64/1982, 69/1982 y 170/1989, hubo de dirimir sendas contiendas competenciales entre el Estado y varias Comunidades Autónomas con el medio ambiente como objeto de las disputas. Lo que hizo sin enunciar, por eso, su concepto en ninguna, limitándose a señalar en la STC 64/1982 que las normas sobre el particular se encontraban “dispersas en leyes referidas a distintas materias. Así, para limitarse a lo que aquí interesa en la Ley de Montes, en la del Suelo (véanse por ejemplo los artículos 8, 80 y 82) y en la legislación minera”⁴. Manifestación esta que, a la postre, admite considerarse preludio del

³ Dicho autor se muestra consciente de ofrecer un concepto amplio de medio ambiente, inspirado en declaraciones internacionales dedicadas al mismo, según lo evidencia el que a renglón seguido de tales consideraciones añadiese: “Esta perspectiva globalista es a veces la adoptada en ciertos pronunciamientos realizados en el seno de organismos internacionales. Así, en la Conferencia de Estocolmo de 1972 se afirma que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”. Cfr. “El ambiente como objeto de derecho”. *Derecho y medio ambiente*. Madrid, Centro de Estudios de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, Ministerio de Obras Públicas, 1981, p. 19/21.

⁴ Cfr. STC 64/1982, de 4 de noviembre, F.J. 5º.

concepto sumamente amplio de medio ambiente consignado en la STC 102/1995.

Efectivamente, en dicha Sentencia el Tribunal comenzaba advirtiendo de la dificultad para discernir con la exactitud y el rigor de las categorías jurídicas que pudiera ser el medio ambiente. Aunque no por eso renunció al intento de aprehenderlo⁵. Tarea que acometió recordando que la Constitución Española, “como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia”⁶.

Este es el caso del medio ambiente, decía, expresión gramaticalmente redundante y calificable jurídicamente, a su juicio, como “concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar (STC 64/1982)”. Visto desde una perspectiva semántica, destacaba la acepción del Diccionario de la Real Academia que define al “medio” como el “conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano”, aunque para añadir, a renglón seguido, que dicho significado gramatical, no resultaba sin embargo suficiente para “perfilar” el oportuno concepto jurídico que, en su opinión, no comprendía en principio tantos elementos y excluía el componente social⁷.

Por otra parte, estimaba comprensivo el “ambiente” de “las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están”; así como integrado el “medio ambiente” por el “conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida”. Las personas, proseguía, “aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal”. No obstante, en la Constitución y en otros textos, concluía, “el medio, el ambiente o el medio ambiente (...) es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción”⁸.

⁵ “Aun cuando esa dificultad no pueda eximirnos de intentarlo en la medida necesaria para encuadrar la Ley en tela de juicio y analizar luego individualmente los preceptos impugnados”, decía. Cfr. STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

⁶ Cfr. STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

⁷ Cfr. *Ibíd.*

⁸ Cfr. *Ibíd.*

No es dudoso que el Tribunal afirmara esto luego de consultar los enunciados del Diccionario de la Real Academia relativos al medio ambiente. Es más, a juzgar por sus palabras debió ser la edición de 1984 o la posterior de 1992. Pues, no en balde, informaban tales asertos, algo confusamente, desde luego, de las acepciones de “medio”, “ambiente” y “medio ambiente” allí consignadas. No muy distintas, es verdad, de las que sobre “medio” y “ambiente” ofreciera en ediciones anteriores, las cuales, como se adelantaba, nada decían de la expresión “medio ambiente”. Téngase en cuenta que, desde la edición citada en primer lugar, lo define el Diccionario de la Real Academia como el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos y, por extensión, el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc. que rodean a las personas.

Dígase si no son reconocibles en la referida construcción jurisprudencial tales definiciones semánticas y si no pudo entenderlas el Tribunal tan ambiguas como para moverle a concluir su interpretación gramatical del artículo 45 de la Constitución con una reflexión destinada a destacar la naturaleza antropológica de su objeto de estudio, en los siguientes términos literales:

“El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”⁹.

Con todo ello el Tribunal no daba sino un primer paso, en orden a construir el concepto de medio ambiente que ofrecía en la Sentencia. El siguiente le llevaría a consultar con tal motivo la legislación preconstitucional y aun la postconstitucional¹⁰, antes de manifestar que en el artículo 45 de la Constitución recibe el medio ambiente la configuración plural resultante de revelarse allí los recursos naturales sus elementos integrantes, aunque sin acompañar dicho aserto de aclaración alguna¹¹. Acto seguido citaba una serie de recursos

⁹ Cfr. *Ibíd.*

¹⁰ La Sentencia informa cumplidamente del camino recorrido al efecto: “Una vez utilizado para desentrañar el concepto jurídico indeterminado del medio ambiente su componente semántico, queda otro camino para indagar cuál sea su contenido, camino que no puede ser otro sino el ordenamiento jurídico, desde donde se llega escalando hasta el nivel constitucional, que a su vez le da su luz propia. Aunque a las veces se hable de la Constitución y del ordenamiento, separándolos aparentemente al juntarlos, la realidad es que componen una estructura inescindible y, por tanto, que la una y el otro se hallan interrelacionados hasta formar una unidad alejada de cualquier dicotomía abstracta. Esto resulta patente en el esquema constitucional de distribución de competencias. Cfr. F.J. 5º”.

¹¹ En efecto, según afirmaba “la Constitución, en su art. 45, nos brinda algunos de los elementos del medio ambiente, los recursos naturales, aun cuando tampoco los enumere o defina. Es una noción tan vieja como el hombre, dotada de una sugestiva, aparente y falsa sencillez, derivada de su misma objetividad, mientras que el supraconcepto en el cual se insertan es un recién llegado, complejo y propicio a lo subjetivo, problemático en suma”. Cfr. F.J. 6º.

naturales que ya en pronunciamientos anteriores estimó tales, en concreto el aire o la atmósfera, el agua, la pesca marítima, los minerales y la agricultura, para añadir ahora que no sólo la fauna, sino también la flora formaban parte de este conjunto, así como su soporte físico, el suelo (y el subsuelo) y el paisaje¹². En definitiva, afirmaba, “la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la Humanidad, produce unos rendimientos o «rentas», los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forma un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otros subsistemas en disminución gradual, hasta la célula y el átomo”¹³.

Alcanzado este punto ofrecía el Tribunal una definición todavía provisional de medio ambiente, en cuya virtud “estaría compuesto por los recursos naturales (...), con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres ‘reinos’ clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es solo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura”¹⁴.

Sin embargo, el medio ambiente no podía reducirse para el Tribunal a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, pues lo concebía como un entramado producto de la relación entre todos esos elementos. Por decirlo con sus propias palabras, se trataba de “un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo”¹⁵.

He aquí completa, por fin, la noción de medio ambiente enunciada en la STC 102/95. Tan amplia, como puede comprobarse que en nada sorprende el discurrir posterior del pronunciamiento por los derroteros de su protección. A cuyo respecto estimará el Tribunal tan digno de tutelarse por el legislador nacional el entorno de sus ciudadanos como cualquiera de los considerados por aquél elementos del medio ambiente. Pues, en efecto, consideraba además el Tribunal que el medio ambiente nació como concepto para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro. De tal modo que

¹² Noción estética, decía, “cuyos ingredientes son naturales –la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar– y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente como reflejan muchos de los Estatutos de Autonomía que luego se dirán”. Cfr. F.J. 6º.

¹³ Cfr. *Ibíd.*

¹⁴ Cfr. *Ibíd.*

¹⁵ Cfr. *Ibíd.*

de no haberse presentado el riesgo, estimaba inimaginable su aparición¹⁶. De ahí que se detuviese a enumerar los factores desencadenantes del mismo y a subrayar su aptitud para manifestarse en un abanico de posibilidades comprensivas de “lo simplemente incómodo a lo letal, con una incidencia negativa sobre la salubridad de la población en la inescindible unidad psicosomática de los individuos¹⁷”.

De tales amenazas procedían para el Tribunal las reacciones jurídicas nacionales e internacionales tendentes a la defensa y protección del medio ambiente, esto es, a su amparo, ayuda, defensa y fomento, guarda y custodia, de manera tanto preventiva como represiva. Pues dicha acción tuitiva apelaba, según decía, a otro concepto jurídico indeterminado, requerido de precisión por las normas y los actos destinados a su ejecución. Tanto más, añadía, cuanto “la acción del hombre con riesgo para el medio ambiente se proyecta en las más variadas manifestaciones, sanitarias, biológicas, industriales o urbanísticas, procedentes del tráfico rodado o del turismo y depredadoras sin más, como la caza y la pesca, manifestaciones difícilmente compartimentables por su heterogeneidad, aun cuando las normas lo intenten hasta donde pueden. Hemos dicho más arriba, y no es inoportuno traerlo aquí, que el carácter complejo y polifacético propio de las cuestiones relativas al medio ambiente hace que éstas afecten a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/1982)”¹⁸.

Pero tantos y tan variados elementos componían la noción de medio ambiente enunciada en la STC 102/95, que muy bien podía incluir ésta, como hacía, un juicio favorable a la consideración constitucional de la medida legislativa prolongadora de la acción tutelante sobre aquél más allá de lo circundante al ciudadano español. No en balde, según afirmaba allí el Tribunal: “Respuesta positiva también en lo esencial, por dirigirse directamente a la misma finalidad tuitiva, merece el supuesto de la «comercialización en vivo o en muerto» de las especies que reglamentariamente se determinen, con una notoria dimensión supranacional. Este control de la comercialización tiene un carácter instrumental, pero con una relación directa, para la protección de aquellas especies cuyo precio en el mercado despierta la avidez y desencadena la agresividad, como ha sido el caso del marfil o las pieles, las grasas y otros

¹⁶ Que situaba en “la erosión del suelo, su deforestación y desertización, la contaminación de las aguas marítimas, fluviales y subálveas, así como de la atmósfera por el efecto pernicioso de humos, emanaciones, vertidos y residuos, la extinción de especies enteras o la degeneración de otras y la degradación de la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola, la contaminación acústica y tantas otras. Cfr. F.J. 7º.

¹⁷ Con otras palabras, añadía, “estas disfunciones son las recogidas en el catálogo incluido en el documento de trabajo núm. 4 que el 25 de agosto de 1970 presentó el Secretariado de la C.E.P.E. a la Reunión de Consejeros Gubernamentales en materia del medio ambiente de la Comisión Económica para Europa”. Cfr. F.J. 7º.

¹⁸ Cfr. F.J. 7º.

productos, que han puesto en peligro al elefante, la ballena o el visón, sin olvidar la deforestación por mor de muy diversos factores”¹⁹.

1.3.2. *De su sintonía con la conciencia social. Filología del medio ambiente.*

Desde luego que en lenguaje usual el medio ambiente ofrece unos contornos difusos, presentes, acaso inevitablemente, en el tratamiento dispensado por el Diccionario de la Real Academia a la expresión. En el cual, por su parte, se inspira la significación jurídica a su respecto de la STC 102/1995.

Tal vez la ambigüedad mostrada por la comunidad de hispanohablantes con respecto al significado de “medio ambiente”, sea el único modo que tiene un grupo no estructurado de expresar la importancia que le concede al asunto. En eso se traduciría la dificultad por conceptuarlo que indica, además, la indeterminación a su respecto. Interesa subrayarlo porque esa actitud social no tiene por qué dificultar, a su vez, la atribución de sentido jurídico al “medio ambiente”, con la ayuda, sí, del que ofrece el lenguaje usual, pero no mediante la incorporación sin más del mismo al Derecho. Téngase en cuenta al respecto que en lenguaje usual tanto la expresión “medio ambiente” como las voces que la componen, se emplean para designar el entorno más o menos próximo de una cosa determinada, desde una perspectiva dinámica, esto es, en interacción con él.

No en balde, cuando se ocupa del “ambiente” la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia habla del fluido que rodea a un cuerpo, del aire, de la atmósfera y de las condiciones físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, de una reunión, de una colectividad o de una época; al tratar la voz “medio” apela al espacio físico en que se desarrolla un fenómeno determinado, de igual modo que al conjunto de peculiaridades culturales, económicas y sociales en que vive un grupo; y construye el significado de la expresión “medio ambiente” por referencia a las circunstancias económicas, culturales y sociales en que vive una persona, así como a las de carácter exterior a un ser vivo.

Acerca de la expresión “medio ambiente” conviene tener presente que hasta su vigésima edición, en 1984, no la incluyó el Diccionario de la Real Academia entre sus artículos, concretamente en el correspondiente al vocablo “medio”²⁰. Desde entonces y hasta su vigésima primera edición, en 1992, ofrecía dos acepciones de la locución. En la primera la definía como el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos; y, por extensión, en la segunda, como el cúmulo de circunstancias de esa clase y las culturales, eco-

¹⁹ Cfr. F.J. 26°.

²⁰ Otro tanto hizo el diccionario manual e ilustrado de la lengua española, tercera edición revisada, tomo IV, Madrid, Espasa-Calpe, 1984.

nómicas y sociales circundantes a las personas²¹. Tratamiento este que ha conocido un cambio en su vigésima segunda edición, derivado de alterar la Academia el orden de sus acepciones. De modo que apela ahora la primera al conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona y la segunda al conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo.

En lo que al medio ambiente se refiere parece ofrecer, pues, la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia una visión algo más antropocéntrica de la que anteriormente daba, al tiempo que enfatiza, como hiciera en las ediciones previas referidas, la cualidad de vivo que parece requerir de un sujeto concreto el hispanohablante para referirse a su entorno con la expresión “medio ambiente”. De tal modo que éste suele emplear el vocablo “medio” para designar el de las cosas u objetos, pues eso autoriza a sostener el significado que recibe hoy el término, en la vigésima segunda edición del Diccionario, concretamente en su décima quinta acepción, en donde según se adelantaba se le define como el espacio físico en el que se desarrolla un fenómeno determinado. Mientras que, a la vista de los significados atribuidos por el Diccionario de la Real Academia a la voz “ambiente”, muy bien podría usarla el hispanohablante como sinónimo de “medio” o de “medio ambiente”

Pero, interesa volver sobre el tratamiento que en esa vigésima segunda edición le dedica el Diccionario al “medio ambiente”, para llamar la atención sobre la idea de completitud que en él adquiere el ámbito circundante del sujeto considerado. Bien es verdad que el “medio ambiente” puede adjetivarse. Harto elocuente al respecto es la relación de circunstancias susceptibles de envolver a una persona o a un ser vivo que, a título de ejemplo, menciona el diccionario. Pero es obvio que sin el concurso de una adjetivación, por sí misma reductora de tan amplio significado como el allí atribuido al “medio ambiente”, admite éste identificarse con el universo.

Sin embargo, ninguna crítica merece el tratamiento que recibe el medio ambiente en el Diccionario de la Real Academia. Según todos los indicios se limita éste a certificar el significado que tiene la expresión entre los hispanohablantes, coincidente con el que adquieren en sus respectivas lenguas “*environnement*” o “*environment*”, por ejemplo. Pues la uniformidad de criterio sobre el medio ambiente en las sociedades contemporáneas descansa en una significación del mismo compartida por ellas, referida al entorno de los seres vivos en general y de las personas en particular.

²¹ Las ediciones del diccionario académico concernidas por este tratamiento son, además de las ya mencionadas, la del diccionario manual e ilustrado de la lengua española, cuarta edición revisada, Madrid, Espasa-Calpe, 1989; y el diccionario de la lengua española, vigésima primera edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1992.

I.3.3. *De su coincidencia con ciertos planteamientos internacionales sobre el medio ambiente.*

No es dudoso que el significado atribuido, en la STC 102/1995, al medio ambiente, es tributario del que le adjudica a éste el Diccionario de la Real Academia. Pero no sólo, pues resulta incontrovertible que en dicho pronunciamiento se erigía el Tribunal Constitucional en portavoz ocasional de la percepción dominante en la sociedad a su respecto. No en balde, conceptuaba allí al medio ambiente como una realidad en peligro, a escala planetaria, y, consecuentemente con ello, se mostraba preocupado por él. En concreto, por cuanto rodea al ser humano, incluidas circunstancias tan accesorias para ese entorno, al menos para el ponderable en el caso de España, como son los elefantes, las ballenas y los visones. Respecto de los cuales expresaba el interés por tutelarlos que le permitía el ordenamiento español, de modo que no estimó censurable la decisión adoptada por el legislador de impedir el comercio de tales especies, de sus grasas, de sus pieles y del marfil. Recuérdese.

Sin embargo, tan impregnada de sociología se advierte la construcción en torno al medio ambiente de la STC 102/1995 que cuesta considerarla producto sólo del influjo en el Tribunal Constitucional de su consideración académica. La noción del mismo que ofrece el Diccionario consiente, desde luego, sostener concepciones amplias a su respecto, pero no sugiere que éstas hayan de incluir elemento alguno ni tampoco, por consiguiente, ninguna especie, animal o vegetal. La fuente inspiradora de tal planteamiento jurisprudencial ha de buscarse en otro sitio. Concretamente en ciertos documentos internacionales de diversa naturaleza. Los cuales si, de un lado, se sustentan en la idea de encontrarse la Tierra en peligro y, por tanto, cualquier entorno humano, debido a la explotación incontrolada de los recursos naturales; de otro y, consiguientemente con ello, pretender contribuir a la defensa de estos últimos, así como de especies difícilmente encuadrables entre esos recursos naturales.

Respecto a este asunto se muestra bastante ilustrativa la “Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano”, adoptada en la reunión que a tal efecto tuvo lugar en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972, al proclamar en su Preámbulo:

“1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes cuanto le rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”.

Abstracción hecha, tanto del vínculo anudado por la Declaración entre el medio –o, mejor, entre los aspectos natural y artificial del mismo en que allí

se le descompone— y el bienestar humano, así como de la alusión velada al medio ambiente como una realidad en peligro —más clara en otros pasajes del documento²²—, apenas interesa destacar de la cita cómo se identifica en ella al medio con cuanto rodea al hombre, esto es, con un entorno descrito en términos tan amplios e indeterminados que muy bien admite considerarse equivalente al comprendido por la totalidad de la Tierra. Circunstancia esta que se encargan de confirmar, además del dato, bastante elocuente, relativo al carácter internacional del documento, por demás desprovisto de un objeto que recaiga sobre un territorio concreto, cierto contenido de la Declaración que enseguida se dirá.

En el mismo sentido se pronuncian ciertos tratados internacionales agrupables por la proximidad de sus objetos, de un modo u otro vinculados a la obtención de una buena calidad atmosférica. Tal es el caso del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 22 de marzo de 1985 y de su complemento, el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1986; así como de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático, de 9 de mayo de 1992²³. Ofreciendo también una idea de medio ambiente afín a la enunciada en Estocolmo, la “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, gestada en la Conferencia de Naciones Unidas que, con ese mismo nombre, se reunió en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

Ninguna duda cabe respecto a la influencia de la Declaración de Estocolmo en el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Así lo evidencia el reconocimiento de aquella como fuente inspiradora de los con-

²² También en su Preámbulo puede leerse: “3. El hombre debe hacer constante recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día, la capacidad del hombre de transformar lo que le rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra, niveles peligrosos de contaminación del agua, del aire, de la tierra y de los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio por él creado. Especialmente en aquel en que vive y trabaja.

²³ Otro tanto puede decirse de la adición al Tratado conocida con el nombre de Protocolo de Kyoto, de 11 de diciembre de 1997. El cual, retomando las consideraciones vertidas en dicha Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático, versa sobre el cambio climático planetario y según dicen sus partes signatarias persiguen con él paliar el calentamiento atmosférico, limitando o reduciendo la emisión antropogénea de los gases de efecto invernadero y comprometiéndose al respecto, entre otras cosas, a formular, aplicar, publicar y actualizar programas relacionados con ello en sectores económicos tan diversos como la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos.

tenidos integrantes de este último, enunciado en su Preámbulo. El cual dedica a este asunto una afirmación del siguiente tenor literal:

“Recordando las disposiciones pertinentes de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, y en especial el principio 21, que establece que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, “los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción o control no perjudiquen el medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

He aquí el contenido de la Declaración de Estocolmo que, según se anunciaba, consiente advertir en ella una idea de medio ambiente identificable con un entorno humano equivalente a la totalidad del planeta. Con él, como puede comprobarse, conecta el Convenio de Viena y ha de entenderse que lo hace igualmente el Protocolo de Montreal, no en balde desarrollo suyo.

También la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático, luego de afirmar que “la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países”²⁴, recuerda en su Preámbulo, de una parte, “las disposiciones pertinentes de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972”, y, de otra, que “de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados ni de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

Tampoco es dudoso el influjo de la Declaración de Estocolmo en la de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. No en balde, da comienzo ésta a su Preámbulo “reafirmando la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, y tratando de basarse en ella, con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas”. De ahí resulte familiar la idea de medio ambiente sugerida en el aserto realizado, casi a renglón seguido de dicha afirmación, en los siguientes términos literales: “la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar”; y que muestre ese mismo signo evocador la proclamación de su principio séptimo: “los Estados deberán cooperar con espíritu de

²⁴ “y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas”.

solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”.

2. PROPUESTA METODOLÓGICA DE APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Resulta pretencioso sostener que el universo –tanto da identificarlo con todo cuanto existe o apenas con la naturaleza– esté en peligro y arrogante o soberbio atribuirle una causa humana, pasando por alto con qué tiranía actúan las leyes del universo o, si se prefiere, de la naturaleza. A este propósito merece recordarse el aserto con que iniciaba Montesquieu *Del espíritu de las leyes*: “Las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido, todos los seres tienen sus leyes: las tiene la divinidad, el mundo material, las inteligencias superiores al hombre, los animales y el hombre mismo”²⁵. Se traen a colación las palabras del citado autor porque, parafraseándolas, puede afirmarse que en los tiempos presentes parece como si el hombre pretendiese sustituir con sus leyes las de la naturaleza, ignorando con ello, acaso deliberadamente, la diferencia que media entre una y otra clase de leyes, pues mientras las leyes humanas pertenecen al mundo deber ser, las otras conciernen al del ser.

Interesaba destacarlo porque, por una parte, la Constitución española vigente, como tantas otras en la actualidad –atinentes todas al deber ser–, declara el derecho al medio ambiente; y porque si por tal se entiende, por otra, el derecho al equilibrio universal –asunto este que concierne al mundo ser–, es obvio que ningún Estado se encuentra en condiciones de obtenerlo ni, por tanto, de tutelarlo. Dicho sea en otros términos, aunque la naturaleza estuviese en peligro y éste procediera del ser humano, se estima aquí que el concepto de medio ambiente resultante de identificarlo con aquella, por inabarcable, no es operativo, en el terreno jurídico ni, por consiguiente, lo es tampoco la idea de construir un derecho subjetivo con la naturaleza como objeto. Por eso, se opta en estas páginas por contemplar al medio ambiente desde una perspectiva distinta de la utilizada hasta ahora, acorde con su consideración de realidad intensamente relacionada con el bienestar humano.

2.1. El plan constitucional del bienestar

Toda Constitución se ocupa del bienestar ciudadano. Así ha sido siempre. Al Estado, desde su aparición, le ha encomendado esa tarea, de modo implícito o explícito, la Constitución que lo instauraba. La seguridad, las diferentes clases de libertad y la propiedad que, como derechos, proclamaban

²⁵ Cfr. *Del espíritu de las leyes* (traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega). Tecnos. Madrid, 1987, p. 7.

las primeras Constituciones, contribuían, sin duda, a la obtención de bienestar por los ciudadanos. Incluso las respectivas partes orgánicas de aquellas Constituciones, desde el momento en que organizaban el poder político a la medida de la burguesía liberal, limitando su proclividad a expandirse puede decirse que propendían al bienestar humano.

Nada de eso ha cambiado con la Constitución española de 1978. Desde luego que su concreción, en la parte orgánica, del ámbito autorizado al actuar de los poderes públicos que crea beneficia a la seguridad jurídica relacionada con los derechos y libertades previamente enunciados en su parte dogmática, en el Título I. En donde no sólo revalida los derechos y libertades de sus predecesoras decimonónicas, sino que engrosa esa clásica lista de derechos con los de ejercicio colectivo, confiere a los de sufragio carácter universal y relaciona, en las dos secciones de su Capítulo II, otros destinados a concretar ciertos aspectos del Estado Social que proclama en su artículo primero.

Interesa subrayar este último asunto, porque, en efecto, la Constitución de 1978 aspira a ser la principal herramienta al servicio del bienestar, en el sentido que podía pretenderlo cualquier Constitución histórica, según ha quedado dicho, pero también del modo que reclama su vocación declarada de comunicarle al Estado una dimensión social. Al logro de ese objetivo propenden los artículos 27 y 35 de la constitución, pero también el Capítulo III de su Título I, destinado a enumerar el grueso instrumentos a los que fía la vertebración de ese Estado Social. Los cuales son allí calificados genéricamente como “principios rectores de la política social y económica”, e individualizados por tareas cuyo despliegue, en ambos terrenos, se encomienda realizar a los poderes públicos cuando no se concretan en derechos de naturaleza social y económica, apelando, unas y otros, en cualquier caso, a diversas parcelas de bienestar.

Sin duda que el plan para el bienestar enunciado en dicho Capítulo III es ambicioso. En él, los principios rectores de la política social y económica contemplan una realidad ciertamente amplia y rica en matices del bienestar. Por eso se traen a colación, por su utilidad para el estudio del medio ambiente desde una perspectiva jurídica, dado que forman parte, con las disposiciones constitucionales recién citadas, del proyecto social que encierra. En donde el bienestar se erige en protagonista, por serlo tantas parcelas suyas como invocan las disposiciones concernidas cuando describen los escenarios a la espera de actuaciones públicas en lo social.

2.2. Adhesión estatutaria al plan constitucional del bienestar

Como cabía esperar que sucediera las Comunidades Autónomas se han mostrado receptivas a este planteamiento constitucional. Así lo revelan las referencias a la calidad de vida o al bienestar de los Estatutos de Autonomía para Andalucía y de Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares, Murcia y Principado de Asturias, ex-

presadas antes y después del punto de inflexión que ha conocido la evolución del Estado Autonómico en la VIII Legislatura de las Cortes Generales. Aunque las reformas estatutarias efectuadas durante ese período no han podido ser más beneficiosas para este asunto, considerando que han traído consigo, en primer lugar, la incorporación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana al grupo de los que ya hablaban de la calidad de vida, y, en segundo término, un tratamiento más detenido a su respecto de los Estatutos de Autonomía que ya se ocupaban del particular con anterioridad a su reforma, esto es, del andaluz, el aragonés, el balear, el castellano-leonés y el catalán.

En efecto, antes de la legislatura indicada apelaban al bienestar y a la calidad de vida la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía²⁶, la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía de Murcia²⁷, la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura²⁸ y la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla y León²⁹. Por su parte, mencionaban el bienestar o el bienestar social como objetivo de política social o competencia de la Comunidad Autónoma, respectivamente, la Ley Orgánica 7/1981, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias³⁰, la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cantabria³¹, la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto de Estatuto de Autonomía de Aragón³² y Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears³³. Mientras que invocaban o invocan la calidad de vida como objetivo o valor superior de la vida colectiva autonómica la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña³⁴ y la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha³⁵.

En lo que a los Estatutos de Autonomía reformados durante la VIII Legislatura de las Cortes Generales se refiere, quizá no sea ocioso señalar cuánta significación le conceden a esa dimensión estructural de Estado social que el

²⁶ Cfr. sus artículos 12.3.4 y 12.3.5, en donde reciben la consideración de objetivos básicos de la Comunidad Autónoma.

²⁷ Cfr. el Preámbulo y los artículos 9.2 y 10.1, en donde calidad de vida y bienestar social son considerados principio rector y competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, respectivamente.

²⁸ Cfr. sus artículos 1.2, 6.2, 7.1, 14.1 y 61.6, en donde son tratados como objetivos de la Comunidad Autónoma y el bienestar social como competencia autonómica.

²⁹ Cfr. sus artículos 8.3 y 40.1, dedicados respectivamente a regular el retorno de los emigrantes y los principios rectores de la política económica.

³⁰ Cfr. el artículo 10.1.24.

³¹ Cfr. el artículo 24.

³² Cfr. los artículos 35.1 y 26.

³³ Cfr. los artículos 16.3, 123.2 y 124.2.

³⁴ Cfr. el Preámbulo.

³⁵ Cfr. los artículos 4.4 y 41.1.

artículo 1.1 le concede a España. Tanta importancia adquiere allí que, sin exageración, llega a presidir tales Estatutos de Autonomía el afán o la aspiración de contribuir a la construcción de esa faceta del Estado. De ahí que en nada sorprendan sus continuas referencias a la calidad de vida y al bienestar, indiciarias de ese tratamiento detenido que en ellos reciben, bien como principios rectores de las políticas públicas autonómicas, en general, o de las políticas económica, tributaria, de mayores, de menores o de género, por ejemplo, en particular; bien como objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, con la invocación, a veces, del Estado de bienestar como telón de fondo, cuando no recibe el bienestar social la consideración de competencia exclusiva³⁶.

2.3. El medio ambiente como objeto de un derecho subjetivo a un bienestar concreto

Puesto que ni los trabajos constituyentes sobre el artículo 45 de la Constitución ni su enunciado ofrecen información cierta sobre el significado de la expresión “medio ambiente”, se impone, al objeto de obtenerla, ensayar técnicas de aproximación al mismo comúnmente admitidas en Derecho. A cuyo efecto se juzga oportuno combinar la derivada de contemplar la disposición desde la perspectiva inherente a su ubicación constitucional con una interpretación sistemática de sus dos primeros apartados. Pues ambas fórmulas sugieren una precomprensión del medio ambiente en intensa relación con la calidad de vida o el bienestar.

En cuanto al encuadramiento del artículo 45 de la Constitución en su contexto, el Capítulo III del Título I, nada se añadirá a lo ya expresado sobre su consecuencia inmediata: el medio ambiente o, mejor, el derecho al mismo, contribuye a definir el tipo de bienestar humano que allí se fía a la acción del Estado.

Respecto a la interpretación sistemática del artículo 45 de la Constitución cabe afirmar que éste contempla dos clases de vínculos diferenciables entre sí. En virtud del primero anuda a los recursos naturales, de un lado, con la ca-

³⁶ Así, emplean uno y otro término el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. El Preámbulo y los artículos 17, 40, 41.5, 42, 45.2, 53.2, 203.6 y 206.3 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Los artículos 16.3, 30.15, 123.2 y 124.2 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. El Preámbulo y los artículos 10.3.6°, 10.3.7°, 10.3.8°, 10.3.14°, 18.1, 19, 37.1.4°, 48.3°). 162.2, 175.2.c), 179.3, 201 y 202 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Los artículos 12.2, 23.2.a), 24.a), 99.3 y 107.2 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. Y el Preámbulo y los artículos 13.6, 16.2 y 78.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

lidad de vida y el medio ambiente. Mediante el segundo conecta a estos dos últimos bienes, al estimarlos susceptibles de resultar igualmente beneficiados por el uso racional de los recursos naturales. De acuerdo con ello, cabe sostener como hipótesis que en el ideario constitucional los recursos naturales son escasos e ineludible su empleo para la subsistencia humana; como también que medio ambiente y calidad de vida apelan a dos aspectos de un mismo fenómeno, vinculados entre sí mediante la suerte la relación que suele guardar la parte con el todo. En lo que a este último extremo se refiere, se estima aquí, dicho sea en otros términos, que el medio ambiente es una parcela de la calidad de vida o, mejor, del bienestar, tal es el lazo, de cuantos pueden imaginarse anudables entre estos dos últimos bienes, que se juzga aludido por la Constitución el cual tal vez admita identificarse más claramente por los efectos que en ese caso reportaría el cuidado del medio ambiente para la calidad de vida.

Siendo así, resultaría incontrovertible no sólo que el uso racional de los recursos naturales beneficia al medio ambiente, sino también que las acciones públicas tuitivas del medio ambiente, descritas en la norma constitucional, relativas a su defensa y restauración, contribuyen a la protección y mejora de la calidad de vida o el bienestar. En tal supuesto quizá resulte más fácilmente comprensible, además, el protagonismo concedido por el artículo 45.2 de la Constitución a la calidad de vida, congruentemente, por cierto, con el tenor de su contexto inmediato, considerando que el Capítulo III del Título I versa sobre este asunto del bienestar.

Otra cosa es que en todo el Capítulo sólo la mencione ese artículo 45.2, oportunamente, por cierto. Pues adviértase que de los vínculos en los cuales implica la disposición a la calidad de vida, únicamente se detiene a enunciar expresamente aquel mediante el cual queda anudado a ella el uso racional de los recursos naturales, asunto este susceptible de contemplárselo, en principio, como un instrumento útil para conseguir un sinfín de objetivos, en ningún caso evidentes, ni tan siquiera el referido a la protección y mejora de la calidad de vida. De ahí la pertinencia de la precisión constitucional. En su virtud, queda claro que con la racionalidad en el empleo de naturales también se persegue dicha meta.

En cambio, no hay por qué exigirle al artículo 45.2 más elocuencia a la hora de vincular al medio ambiente con este último objetivo, le basta con insinuarlo, pues, con independencia de cual pueda ser el entorno apelado por la expresión, es seguro que su cuidado beneficiará a la calidad de vida. Como lo hará la ejecución de las tareas que el Capítulo III del Título I les encomienda realizar a los poderes públicos en los distintos ámbitos de la realidad que menciona, pues no es dudosa su correspondencia, como en el caso del medio ambiente, con tantas otras parcelas de la calidad de vida o, mejor, del bienestar.

Dígase si no lo evocan por sectores los términos o expresiones siguientes, usados por la Constitución en las dos secciones del Capítulo II, pero mayoritariamente en el Capítulo III de su Título I: seguridad, educación, remuneración suficiente de los trabajadores, progreso social y económico, seguridad

social, derechos de los emigrantes, salud, cultura, patrimonio, vivienda; atención a la juventud, a los disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales, a la tercera edad, a los consumidores y usuarios, a las organizaciones profesionales.

Pero adviértase que la Constitución omite cualquier referencia relativa a los significados de tales voces y locuciones. Todo apunta a que la intencionalidad es evitar la obsolescencia inmediata de las disposiciones constitucionales concernidas, de modo que, como en tantas otras ocasiones, la Constitución da por supuestas las significaciones que omite, incluida la de medio ambiente, cuyo tratamiento no difiere, en consecuencia, del que dispensa a esas otras parcelas de bienestar tratadas en el Capítulo III de su Título I, dejando para el momento de la concretización la tarea de su interpretación diacrónica.

Desde luego que el constituyente español podía adoptar dicho punto de partida, contaba con regulaciones normativas previas clasificables por sectores homogéneos de la realidad susceptibles de apelárselas mediante las denominaciones con que, por entonces, se designaba a estos últimos. Al constituyente le bastaba con invocar esos lugares comunes para indicar a qué se refería y lograr así su objetivo regulador. El medio ambiente no era ninguna excepción a esta regla, pese a tratarse de casi un recién llegado al ordenamiento español de la época que terminó por adquirir carta de naturaleza entre otros conjuntos normativos, ya consolidados, a su costa.

Aunque, pues el Capítulo III, con algunos añadidos del Capítulo II, aspira a lograr el mayor grado de bienestar posible para los ciudadanos, como aquí se sostiene, alguien podría juzgar irrelevante el que una determinada política pública pueda considerarse más beneficiosa para una u otra de las parcelas que cita ese apartado de la Constitución. A la postre, podría pensarse, el desarrollo de esa política contribuirá a ejecutar, en su conjunto, el referido plan constitucional. Ahora bien, la cuestión consistente en ubicar, como mejor proceda, tantos sectores de la realidad, sólo en apariencia medioambientales, adquiere una dimensión distinta cuando se trata de acotar la parcela de bienestar a que apela el medio ambiente, no por puro afán academicista, sino al objeto de obtener un concepto de tal operativo en Derecho.

Interesa, por tanto abordar dicha tarea taxonómica desde el convencimiento de no haber querido decir el constituyente dos veces lo mismo de distinto modo. De donde se sigue que es preciso reconocerle a cada parcela de bienestar la individualidad o entidad propia exigida por cualquier categoría constitucional, aunque sus linderos respectivos puedan mostrarse difusos o imprecisos cuando aquellas se revelen afines o colindantes entre sí. Circunstancia esta que si no obstaculiza la idea de contar con los objetos indiscutibles de otras parcelas de bienestar consignadas en la Constitución, para fijar o individualizar el que pueda corresponderle al medio ambiente, sí que obliga a proceder de acuerdo con un criterio razonable para clasificar los sectores de realidad concernidos por la indagación que aquí se propone efectuar. A cuyo efecto, debe optarse porque sea el de preferir lo específico a lo genérico.

2.4. Tentativa de acercamiento al contenido del derecho al medio ambiente

En resumidas cuentas, atendiendo a su ubicación en el programa sobre el bienestar de la Constitución y a su enunciado, cabe afirmar que con la expresión medio ambiente apela el artículo 45 de la Constitución a un sector de la realidad concreto y específico, distinto de cualquier otro invocado en el Capítulo III de su Título I (incluidos los recursos naturales y, con mayor motivo, la protección de la naturaleza, carente de referencia constitucional alguna) y llamado a convertirse en objeto único del derecho subjetivo allí mencionado. Planteamiento este que así como podrá comprobarse, acaso contradigan algunos tratamientos del medio ambiente plasmados en los Estatutos de Autonomía reformados en la VIII Legislatura de las Cortes Generales, pero que, sin duda, contribuyen a sustentar las regulaciones sobre este particular consignadas en otras normas estatutarias, resultantes de sus reformas respectivas también durante dicha Legislatura.

Alcanzado este punto se impone dar un paso más en torno a qué reclama para sí el derecho al medio ambiente, esgrimible, según ha quedado dicho, como seña identificativa del mismo, frente a las demás porciones de bienestar apeladas por las demás disposiciones integrantes del mencionado Capítulo III del Título I de la Constitución. A cuyo respecto se propone aquí acercarse, nada más todavía, a sus contenidos identificando ese futuro derecho, en primer término, con la situación que permite a sus titulares a vivir tranquila y cómodamente, sin molestias para sus personas ni merma para sus bienes y reaccionar, por tanto, frente a las injerencias en ese estado de cosas imputables a la actividad de terceros.

Sí, en segundo lugar, se juzga colindante con el derecho a la salud, como se hace en estas páginas, forzoso será decidir –aunque no se abordará en ellas este asunto–, sobre la mejor ubicación de lo relacionado con la contaminación, por un lado, y reconocer a la vertiente patrimonial del derecho al medio ambiente un contenido diferente y acaso más amplio del que resultaría de identificarlo con su faceta personal exclusivamente. Toda vez que aun cuando no podría asignársele a la Constitución interés alguno por la salud de los animales o plantas si no es por sus posibles consecuencias para la humana o porque unos u otras tengan dueño, es seguro que ciertas propiedades, como las explotaciones forestales pueden sufrir menoscabo sin riesgo ninguno para la salud de nadie.

En relación con el objetivo ahora perseguido, conviene tener en cuenta, por último, el dictado del artículo 45.2 de la Constitución, pues permite sostener que al derecho lo singularizaría además la nota de su vulnerabilidad frente a la acción de los particulares, no de los poderes públicos, quienes, en relación con el mismo, estarían obligados tan sólo a desplegar una actividad de policía preventiva y represiva.

No se ocultará que la caracterización propuesta por el derecho al medio ambiente se inspira en tantas regulaciones europeas sobre el particular de los

años sesenta. Concretamente de la versión española de éstas representada por el Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. De allí procede la idea de medio ambiente recién propuesta. Aunque no sólo, pues también es tributaria de interpretar sistemáticamente el artículo 45.1 de la Constitución. He aquí el método empleado para dotar de contenido o, al menos, para intentar aproximarse al de un derecho constitucional que, en puridad, no lo es –de serlo sobraría realizar cualquier esfuerzo al respecto– ni siquiera observándolo desde la perspectiva indicada consistente en destacar, de la consideración normativa más tradicional de medio ambiente, la dimensión del mismo que apela al bienestar.

Recuérdese si no la inoperancia de las jurisdicciones ordinaria y constitucional españolas a la hora de tutelar a la familia López Ostra y a Moreno Gómez frente a las molestias que soportaban. En el primer caso debido a la instalación en las inmediaciones del domicilio habitado por dicha familia de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos que despedía humos, gases y malos olores. No se olvide que Ayuntamiento ordenó el cese del tratamiento de residuos sólidos, pero permitió que continuase el de aguas residuales; que la familia instó la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, invocando, sin éxito ante la Audiencia Territorial de Murcia, una injerencia ilegítima en su domicilio contraria al goce o disfrute pacífico del mismo, una violación de su derecho a elegir libremente su domicilio y atentados a su integridad física y moral, su libertad y su seguridad (artículos 15, 17.1, 18.2, y 19 de la Constitución); que el Tribunal Supremo desestimó un recurso de apelación interpuesto contra la resolución de la Audiencia, ni que el Tribunal Constitucional, a su vez, declaró inadmisibile el recurso de amparo que interpuso, por considerarlo manifiestamente infundado. Con toda lógica, cabe añadir, pues, en puridad, lo reclamado no era subsumible en el contenido esencial de ninguno de los derechos mencionados.

Ante eso, la familia López Ostra recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando una violación del artículo 8 del Convenio. El cual constató que “las emanaciones de sulfuro de hidrógeno procedentes de la planta sobrepasaban el límite autorizado”, de modo que “podían generar un peligro para la salud de los habitantes de las viviendas próximas y, por último, que podía haber un vínculo de causalidad entre dichas emanaciones y las afecciones que sufría la hija de la demandante”. También manifestó el Tribunal que, sin ser responsables de las emanaciones en cuestión las autoridades españolas, en principio, el Ayuntamiento de Lorca permitió la instalación de la planta en unos terrenos que le pertenecían y el Estado concedió una subvención para su construcción y que aun cuando aquél resolvió cerrar parcialmente las instalaciones, sus miembros no podían ignorar que los problemas medioambientales persistieron después de esa medida. Aunque, según precisó el Tribunal, no era importante determinar si el Ayuntamiento había cumplido con lo exigido por el derecho interno, sino dilucidar si “las autoridades nacionales adoptaron las medidas necesarias para proteger el derecho de la de-

mandante al respeto de su domicilio así como al de su vida privada y familiar garantizados por el artículo 8^o. En tal sentido, tras afirmar que el Estado demandado no supo mantener “un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca –el de disponer de una planta depuradora– y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar”, que concluyó declarando que se había producido una “violación del artículo 8^o”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de revalidar esta construcción en su Sentencia resolutoria del caso *Moreno Gómez* contra España, quien denunció ante aquél padecer los ruidos nocturnos procedentes de bares, pubs y discotecas instalados, con autorización municipal, cerca su domicilio en Valencia. Resolución de la que sólo interesa recordar, los siguientes asertos del tribunal:

“El artículo 8 del Convenio protege el derecho del individuo al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado en donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico, sino también como el derecho a disfrutar en toda tranquilidad de dicho espacio.

“Las vulneraciones del derecho de respeto al domicilio no son solamente las de índole material o corporal, tales como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también las agresiones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores u otras injerencias. Si las agresiones son graves pueden privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio porque le impiden gozar del mismo (ver *Hatton* y otros c. Reino Unido, anteriormente citado § 96)”.

Adviértase como mediante tales sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanos usa una técnica tan heterodoxa como eficaz, para tutelar un derecho de tercera generación concadenándolo a otro de libertad. Pues so pretexto de proteger el domicilio tutelaba, en realidad, por conexión con el mismo, el derecho al medio ambiente, no contemplado en el Convenio. El cual parece concebirlo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el derecho al bienestar personal que no admite injerencias o intromisiones de terceros no lesivas para la salud ni para ningún bien jurídico integrante del contenido normal atribuible a otro derecho cualquiera, con independencia de su naturaleza. Lo interesante es que el Tribunal Constitucional parece haber aceptado dicha construcción jurisprudencial, si bien es verdad que sin consecuencias. Así, por ejemplo, en la STC 119/2001, de 24 de mayo³⁷, manifestó su adhesión a las consideraciones vertidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia recaída en el caso *López Ostra* entre otras,

³⁷ Cfr. en el mismo sentido la STC 16/2004, de 23 de febrero.

aunque no sin precisar que había de soslayarse “toda referencia a la hipotética vulneración de aquellos preceptos citados que no figuran entre los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, cuales son los arts. 9, 10, 33.3, 39.1, 43, 45 y 47 CE”³⁸.

En el mismo sentido, algo más avanzada la Sentencia, puntualizó cómo en el recurso amparo al que ponía término se planteaba “exclusivamente si el nivel de ruidos padecidos por la demandante en su domicilio reviste entidad suficiente para entender que se han vulnerado los derechos fundamentales antes citados. Deben quedar en consecuencia al margen las alusiones efectuadas tanto por la propia demandante como por el Ministerio Fiscal en torno a la degradación del medio ambiente circundante, cuestión reconducible, en su caso, a la esfera propia del art. 45 CE. Dicho de otro modo, debemos dilucidar si han tenido lugar las específicas infracciones constitucionales aquí planteadas por la recurrente y no hemos de pronunciarnos acerca de la calidad de vida existente en el entorno urbano de su vivienda”³⁹.

3. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA COMO REALIDADES JURÍDICAS DIFERENCIABLES. MENCIÓN DE SUS TRATAMIENTOS ESTATUTARIOS

Coherentemente con cuanto antecede, se le niega aquí a las normas conservacionistas de cosas, indiscriminadamente, incluidas las de animales y plantas, vínculo alguno con el medio ambiente. Con tanto mayor motivo cuando descansan en el argumento de encontrarse el universo en peligro y precisado de protección por tanto. Toda vez que lejos de estar en peligro se encuentra en el equilibrio inestable consustancial a su movimiento ininterrumpido. De tal modo que nadie, aunque quiera, puede conseguir que el universo devenga estático. Sólo a las normas conservacionistas de cosas estrechamente relacionadas con el bienestar material de las personas, únicos sujetos de derecho, se les reconoce en estas páginas vinculación con lo medio ambiental.

No se negará que sea posible proteger animales y plantas, aisladamente considerados o en interacción, hoy que el Parlamento lo puede todo, incluso convertir a un hombre en mujer. Sería en vano, de no mediar algún obstáculo constitucional –inimaginable en el contexto jurídico cultural español, al menos, e inexistente en la Constitución de 1978, desde luego–, cuando los Estados vienen manifestando un interés creciente por efectuar esta suerte de protección que, además, cada vez con mayor frecuencia, acometen coordinadamente con otros. Tan intensa se advierte esta tendencia o disposición del Estado a proteger la naturaleza que no solo ha contagiado a todas sus instancias –recuérdese si no la importancia que ha tenido en este terreno la construcción

³⁸ Cfr. FJ 4.

³⁹ Cfr. FJ 4.

jurisprudencial de la llamada “doctrina de los intereses difusos”, por ejemplo— sino que ha traspasado sus fronteras respectivas para instalarse en el seno de las organizaciones internacionales.

Dicha propuesta de construir el derecho al medio ambiente sin la protección de la naturaleza se compadece con el trato diferenciado que han recibido o reciben en algunos Estatutos de Autonomía el medio ambiente y la protección de tantos otros bienes. Pues, en íntima relación con las manifestaciones estatutarias, ya referidas, de adhesión al plan constitucional del bienestar y en ese preciso marco contextual, se sitúan otras susceptibles de estimarse que, en efecto, distingúan o distinguen el medio ambiente de la protección de la naturaleza, por ejemplo.

Tal era el caso de la incluida en la versión derogada del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que definía como objetivo básico de la Comunidad Autónoma: “el fomento de la calidad de vida del pueblo andaluz mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente”⁴⁰. Ese mismo juicio merecería, claro está, el dictado idéntico que incluye la versión vigente de dicho Estatuto de Autonomía⁴¹ si no fuera porque el mismo enuncia además el objetivo de garantizar el derecho al medio ambiente en los siguientes términos literales: “mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales”⁴². Pues resulta evidente que en esta disposición la protección de la naturaleza, lejos de mostrarse una actividad ajena al medio ambiente, contribuye a construir su concepto. Lo que obliga a revisar el significado atribuido a la citada en primer lugar y, con el objeto de conciliarlo con la literalidad de esta última, a efectuar una interpretación sistemática de ambas disposiciones en cuya virtud se concluya que en la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, la protección de la naturaleza se revela subordinada a la del medio ambiente, si bien muestra allí la entidad suficiente como para admitir un trato autónomo y diferenciado de ese conjunto que integra.

Otro tanto puede decirse de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que, a diferencia del andaluz, no habla del derecho al medio ambiente sino de cuatro derechos “en relación” con el mismo. En concreto, de los relativos “a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud”, “a gozar de los recursos naturales”, “a la protección ante las distintas formas de contaminación” y “a

⁴⁰ Cfr. el artículo 12.3.5 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía.

⁴¹ Cfr. el artículo 10.3.7º de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

⁴² Cfr. *Ibid.* Artículo 28.2. El Estatuto de Autonomía andaluz vigente habla, en su artículo 48.3.a), del bienestar animal, incluso, bien que al tratar de la ganadería como sector productivo.

acceder a la información medioambiental”⁴³. Aunque luego, enumera entre sus competencias compartidas con el Estado la protección del medio ambiente, manifestando al respecto que “en todo caso, incluye la regulación del sistema de intervención administrativa de los planes, programas, proyectos, instalaciones y actividades susceptibles de afectar al medio ambiente; la regulación de los recursos naturales, la flora y fauna y la biodiversidad, la prevención y corrección de la generación de los residuos, de la contaminación atmosférica, del suelo y del subsuelo, así como el abastecimiento, saneamiento y depuración de las aguas”⁴⁴.

Idéntico juicio merece la fuente inspiradora de los Estatutos de Autonomía analizados, el catalán, que, como el aragonés y prácticamente en los mismos términos, describe cuatro derechos relacionados con el medio ambiente⁴⁵. Si bien, Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña expresa además el compromiso de proteger el medio ambiente con el concurso de “políticas públicas basadas en el desarrollo sostenible y la solidaridad colectiva e intergeneracional”⁴⁶; a cuyo propósito añade que tales políticas deben dirigirse a reducir la contaminación⁴⁷, a preservar la naturaleza y la biodiversidad⁴⁸, así como a velar por la cohesión económica y territorial, en el sentido de asegurar “un tratamiento especial de las zonas de montaña, la protección del paisaje, la defensa del litoral, el fomento de las actividades agrarias, ganaderas y silvícolas”⁴⁹.

Distinto es el caso de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León que habla de “conservar y proteger el medio ambiente y hacer un uso responsable de los recursos naturales”⁵⁰, en primer lugar, de “vivir en un medio ambiente ecológicamente equilibrado y saludable, impulsando la compatibilidad entre la actividad económica y la calidad ambiental con el fin de contribuir a un desarrollo sostenible”⁵¹, en segundo término; y de las competencias autonómicas para, de un lado, adoptar “normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje, con especial atención al desarrollo de políticas que contribuyan a mitigar el cambio climático”⁵², y, de otro, proceder al desarrollo legislativo y la ejecución de las normas estatales en materia de protección del medio ambiente y de los ecosistemas, de prevención ambiental, de vertidos a la atmós-

⁴³ Cfr. el artículo 28 del Estatuto vigente de Autonomía de Aragón.

⁴⁴ Cfr. *Ibíd.* Artículo 75 3ª.

⁴⁵ Cfr. el artículo 27 del Estatuto de Autonomía catalán vigente.

⁴⁶ Cfr. *Ibíd.* Artículo 46.1.

⁴⁷ Cfr. *Ibíd.* Artículo 46.2.

⁴⁸ Cfr. *Ibíd.* Artículo 46.3.

⁴⁹ Cfr. *Ibíd.* Artículo 46.4.

⁵⁰ Cfr. el artículo 15.b) del Estatuto de Autonomía Castellano-leonés vigente.

⁵¹ Cfr. *Ibíd.* Artículo 16.15.

⁵² Cfr. *Ibíd.* Artículo 70.1.35º.

fera y a las aguas superficiales y subterráneas⁵³, por último. De modo que el Estatuto de Autonomía de Castilla y León no parece apelar a un medio ambiente compuesto, entre otros elementos posibles, por el de proteger la naturaleza.

También la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, se aviene a invocarse como argumento con que sustentar la conveniencia de no acudir a la protección de la naturaleza para dotar de contenido al derecho al medio ambiente. Pues, tras afirmar dicha norma que “toda persona tiene derecho a gozar de una vida y un medio ambiente seguro y sano”⁵⁴, no sólo dice que las autoridades autonómicas “protegerán el medio ambiente e impulsarán un modelo de desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible”⁵⁵, sino también que “velarán por la defensa y la protección de la naturaleza, del territorio, del medio ambiente y del paisaje”⁵⁶. Planteamiento este que preside el atinente al “fomento y ordenación de la actividad turística”, no en balde llamada estatutariamente a compatibilizarse con el “respeto al medio ambiente, al patrimonio cultural y al territorio”⁵⁷. Coherentemente con cuanto antecede, concluye el Estatuto de Autonomía balear, en lo que importa aquí, definiendo como competencias exclusivas autonómicas: la “protección del medio ambiente”, la “ecología” y los “espacios naturales protegidos”⁵⁸.

Al grupo integrado por los Estatutos de Autonomía aragonés y balear vendría a sumarse el valenciano que, como ellos, parece referirse a una idea de medio ambiente completa, sin necesidad de acudir para construirla a la acción protectora de la naturaleza. Así, afirma el derecho de toda persona “a gozar de una vida y un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado”⁵⁹; habla de adoptar medidas en el sector agrario conciliables con el mantenimiento “del paisaje, del territorio, del medio ambiente, de la cultura, de las tradiciones y costumbres más definitorias de la identidad valenciana”⁶⁰; y dice asumir la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de las normas adoptadas por el Estado sobre protección del medio ambiente⁶¹.

⁵³ Cfr. *Ibíd.* Artículo 71.1.7º.

⁵⁴ Cfr. el artículo 23.1 del Estatuto balear vigente.

⁵⁵ Cfr. *Ibíd.*

⁵⁶ Cfr. *Ibíd.* Artículo 23.2.

⁵⁷ Cfr. *Ibíd.* Artículo 24.1.

⁵⁸ Cfr. *Ibíd.* Artículo 30.46.

⁵⁹ Cfr. el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

⁶⁰ Cfr. *Ibíd.* Artículo 18.

⁶¹ Cfr. *Ibíd.* Artículo 50.6.

4. DERECHO DE PROPIEDAD VERSUS PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

Del legislador se espera que en su decisión de proteger distintos bienes pondere su respectiva sustantividad. Con tanto mayor motivo cuando puede asistirse a la concurrencia de uno que reúna la consideración de derecho fundamental con un bien jurídico de distinta calidad, como sucedería con la propiedad y, de acuerdo con lo que se lleva dicho, con la naturaleza. De estimarse que la protección de la naturaleza conforma el derecho al medio ambiente, el equilibrio que, necesariamente, habría de buscarse entre ambos derechos fundamentales, exigiría ponderar las circunstancias presentes en cada ocasión. Tarea esta que le corresponde realizar al Tribunal Constitucional. También, desde luego, en la tesis que aquí se sostiene de no formar parte del derecho al medio ambiente la protección indiscriminada de la naturaleza. En tal supuesto es obvio que el contenido esencial del derecho de propiedad operará como límite de la acción protectora desplegable por el legislador sobre la naturaleza. La cual, en definitiva, podrá modular el derecho mencionado hasta donde lo permita la integridad de su contenido esencial.

Sea como fuere se impone el intento, cuando menos, de aproximarse al contenido esencial del mencionado derecho. Acerca del cual, ya a finales del siglo XIX denunciaba Antón Menger como, no obstante declarar la propiedad privada inviolable las Constituciones europeas de la época, a modo de defensa frente a los poderes públicos, aquella conocía cada vez más limitaciones. Harto expresiva de su opinión al respecto es la expresión que usó para rubricar el parágrafo XXXII de su libro *El Derecho civil y los pobres*: “debilitación interna de la propiedad por la Administración y por el impuesto”.

4.1. Reflexión preliminar decimonónica y lúcida sobre el derecho de propiedad y sus limitaciones por el Estado

Allí sostenía que desde mediados del siglo XIX los Estados europeos habían aumentado su autoridad administrativa y, consiguientemente con ello, si hasta ese momento se habían conducido “dentro de los límites del régimen de la propiedad”, desde entonces actuaban de tal manera que “la propiedad y los demás derechos reales hubieron de perder cada vez más su parte substancial”. Según añadía, “el arbitrio con que el propietario disponía antes de las cosas, fue luego sustituido por la intervención y cooperación del Estado”⁶².

Acto seguido señalaba que el Proyecto de Código Civil alemán, a cuyo análisis dedicaba por entero su libro, evitaba dar una fórmula definida al concepto de propiedad. Según sostenía, “dice sólo (§ 848) que el propietario tiene

⁶² Cfr. *El Derecho civil y los pobres*. Versión española, con la autorización del autor, realizada por Adolfo Posada. Estudio preliminar sobre Reformismo social y socialismo jurídico por José Luis Monereo Pérez. Granada. Editorial Comares, S.L. 1998, p. 243.

el derecho de disponer de la cosa libremente, salvo cuando tal derecho estuviese limitado por las leyes o por los derechos de un tercero. Entre tales leyes restrictivas debe comprenderse, según se infiere del Proyecto (...), especialmente la misma legislación administrativa, la cual, según la Constitución del Imperio alemán, se halla principalmente reservada a la competencia de los diversos Estados federales”⁶³.

Quizá podría pensarse, opinaba, que dicha propuesta normativa pondría término a una situación asentada, como regla general, sobre la base de la libre disposición de las cosas por parte del propietario y en la cual la intervención del Estado y de la legislación resultaba ser una excepción relativamente rara. Sin embargo, aclaraba Menger que en rigor no sucedía así. Para él, “a consecuencia del desenvolvimiento del derecho público, el Estado civilizado tiempo ha que no es un amigo desinteresado, un protector, sino un compañero molesto del propietario, que con tono autoritario pretende dominar y usufructuar la propiedad, en unión del propietario. Semejante coparticipación del estado es de un carácter en parte económico y en parte jurídico”⁶⁴.

En el aspecto económico, decía, “el condominio del estado se ejerce mediante la legislación financiera”⁶⁵. Y como la imposición estatal, añadía, “reviste hoy, bajo muchos aspectos, el carácter de un cusufructo del patrimonio nacional, realmente el Estado moderno, mediante su administración, va poco a poco adquiriendo un condominio en la propiedad privada”⁶⁶. A reglón seguido y a título ejemplificativo mencionaba algunas de las acciones políticas causantes de lo que llamaba una “mayor o menor usurpación respecto de la libre disposición por el propietario de sus bienes”. En concreto, citaba al respecto “la policía de los campos, forestal, minera, hidrológica, de calles, industrial, de incendios, edilicia, de higiene, así como el derecho de expropiación forzosa”⁶⁷.

⁶³ Cfr. *Ibíd.*

⁶⁴ Cfr. *Ibíd.*, p. 244.

⁶⁵ En concreto, añadía, “sobre la renta que resulta en trabajo, renta que el propietario obtiene precisamente de los bienes más importantes de la propiedad, el Estado toma siempre la parte del león. Así, por ejemplo, los impuestos que las más importantes ciudades de Austria pagan al Estado y a las Corporaciones políticas, ascienden casi a la mitad de lo que suponen los alquileres, y los otros inmuebles hállanse gravados en igual proporción. La propiedad privada en Alemania no se halla tan gravada como en Austria por el Estado; pero el progresivo desenvolvimiento de la legislación militar y social, llevará a una situación idéntica a los Estados alemanes”. Cfr. *Ibíd.*, p. 244.

⁶⁶ “El sentimiento de soberanía que el *dominus* romano podía experimentar con razón—apostillaba—, hoy es desconocido por el propietario actual. Los propietarios de los inmuebles rústicos, y más todavía los de los urbanos, que forman el núcleo fundamental del patrimonio nacional, son los que precisamente, al usar de su propiedad, van paso a paso seguidos y sometidos por la intervención de la autoridad administrativa”. Cfr., p. 245.

⁶⁷ “Ni un año pasa en los Estados civilizados —concluía—, sin que el tesoro de las reglas de policía experimente un aumento considerable, que se traduce en crecientes restricciones del dominio del propietario”. Cfr. *Ibíd.*, p. 245.

Pues bien, tras esta exposición proponía Menger que todas estas “restricciones de la propiedad privada”, recogidas en normas administrativas, se hiciesen constar en su futura definición del Código civil. En concreto, pretendía sustituir la redacción prevista para el § 848 por otra que atribuyese al propietario de una cosa “el derecho de disponer libremente de la misma, dentro de los límites de la ley, excluyendo a terceros, salvo cuando derechos de terceros justifiquen ciertas restricciones”. Tal definición del concepto de propiedad dejaría claro que el propietario podría disponer libremente de la cosa, “sólo dentro de los límites restrictivos, cada vez más restrictivos, de la ley, al modo como un funcionario administrativo, que puede cumplir su función según lo entienda, pero dentro de los límite legales”⁶⁸.

Resulta perfectamente comprensible el interés de Menger por que el régimen jurídico de la propiedad quedase claramente definido en la norma suprema del ordenamiento jurídico. Bien es verdad que ya lo estaba, pues por entonces desempeñaba la ley esa función, pero había que deducirlo de leyes dispersas y a disposición, recuérdese, de los Estados federales miembros del Impero alemán, además. De ahí que la preferencia de Menger por dejar reflejada su propuesta en el Código civil no obedeciese quizá a una especial consideración del mismo sobre las restantes leyes por la razón que fuera, sino tal vez a que dicho Código en ciernes lo sería en todo el imperio.

4.2. El contenido esencial del derecho de propiedad en la STC 37/1987, de 26 de marzo

El tiempo ha terminado por dar la razón a Menger. La suerte de actuación estatal que describe, incidente en la propiedad privada, admite calificársela de embrionaria comparada con la actual. Hoy son más numerosas que a finales del siglo XIX los sectores de la realidad esgrimidos por los Estados como circunstancias habilitantes de su intervencionismo en la propiedad privada y más intenso además.

Por otro lado, es incuestionable que el presente no ha mostrado desapego por que la norma suprema del ordenamiento se manifieste sobre el régimen jurídico de la propiedad. Antes al contrario, las Constituciones europeas vigentes muestran el indiscutible interés por este asunto que expresan sus respectivos tratamientos del mismo. Tan sucintos como cabe esperar de cualquier pronunciamiento constitucional, aunque no tanto que omitan mencionar como parte integrante de dicho régimen jurídico el referido intervencionismo del Estado. Al menos, no es el caso de la Constitución española de 1978, que se ocupa de este particular en su artículo 33. El cual, enuncia en el apartado primero “el derecho a la propiedad privada y a la herencia”; establece en el apartado segundo que “la función social de estos derechos delimitará su con-

⁶⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 246.

tenido, de acuerdo con las Leyes”; y garantiza en el apartado tercero que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes”.

Acerca de tales disposiciones interesa traer a colación las consideraciones que les dedica la STC 37/1987, de 26 de marzo, en los prolegómenos de la construcción que allí ofrece sobre el contenido esencial de derecho a la propiedad. Pues, efectivamente, encabeza el Tribunal sus formulaciones al respecto con un recordatorio de su doctrina sobre el contenido esencial de los derechos⁶⁹, previo a una llamada de atención sobre la inviable separación artificiosa de esos tres apartados del artículo 33 de la Constitución, los cuales, insistía, vistos en su conjunto revelan la naturaleza del derecho en cuestión. En concreto, decía, se trata de un “derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8º.), desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que “cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación”, concluía. Y verdaderamente la propiedad ha evolucionado de tal modo que, sin dejar de ser un derecho individual y, por tanto, subjetivo, es también una institución jurídica de naturaleza objetiva, sujeta en cuanto tal al cumplimiento de la función social que la Constitución le encomienda desempeñar.

Tras estas consideraciones iniciales calificaría el Tribunal a la función social de la propiedad, con base en la mención que le dedica el artículo 33.2 de la Constitución, como “elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido”⁷⁰. Por ello, añadía, “la fijación del ‘contenido esencial’

⁶⁹ A este respecto manifestaba que “la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas– viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10.)” Cfr. STC 37/1987, 26 de marzo, F. J. 2.

⁷⁰ Para el Tribunal, en efecto, esa referencia a la función social de la propiedad que realiza el citado artículo de la Constitución, evidencia que ésta “no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el

de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes⁷¹.

Consideraba además el Tribunal la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad, habilitantes de intervenciones no ablativas de facultades y responsabilidades al propietario, “un hecho hoy generalmente admitido”, coincidente con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y conforme con principios e intereses contemplados y tutelados constitucionalmente⁷². En tal sentido, traía a colación los enunciados de los artículos 128.1, 40, 45 y 130 de la Constitución, por este orden, para sustentar en ellos la conclusión de corresponderle a los poderes públicos, competentes en cada caso, definir el derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, aunque no sin recordar al respecto que dicha tarea se aviene a ser controlada por las jurisdicciones ordinaria y constitucional, en orden a verificar su acomodación al contenido esencial o mínimo de la propiedad privada, entendido éste como canon para “la reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate” y para “la practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”⁷³.

Aún completaba el Tribunal sus consideraciones hasta aquí referidas de la STC 37/1987, con otras dos de interés para estas páginas. Dedicaba la primera a los cambios que en su doble vertiente, como institución y como derecho individual, ha conocido a lo largo del siglo XX la propiedad privada. Tan profunda estimaba la transformación experimentada por ésta, que rechazaba

bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”. Cfr. *Ibíd.*

⁷¹ Cfr. *Ibíd.*

⁷² Por ende, apostillaba, “debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito”. Cfr. *Ibíd.*

⁷³ Cfr. *Ibíd.*

la posibilidad de concebírsela como hoy “como como una figura jurídica reductible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil”. En su opinión, “la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae”⁷⁴.

En cuanto al segundo grupo de consideraciones jurisprudenciales anunciadas, de las que interesa dar cuenta, versan sobre el grado de afectación que han conocido las propiedades como consecuencia de la transformación evolutiva del derecho descrita por el Tribunal. Quien estimaba más intensa la restricción o modalización de las facultades dominicales y la imposición de deberes positivos al titular, en el caso de la propiedad inmobiliaria, urbanística, agrícola o forestal. En esta premisa sustentó el Tribunal su análisis de la propiedad agraria y el contenido esencial de la misma, que iniciaba inmediatamente a continuación de enunciar el postulado, negando, consecuentemente con él, al silencio de la Constitución sobre esa clase de propiedad —ciertamente llamativo comparado con la mención en los artículos 45 y 47 de otros bienes inmuebles o de los recursos naturales—, el significado de impermeabilidad frente a las modulaciones y cambios que ha venido conociendo el instituto de la propiedad privada en general y de la propiedad agraria en particular⁷⁵.

Del discursar posterior de la STC 37/1987, por los derroteros del referido análisis sobre el alcance de esta última suerte de propiedad, interesa destacar, en primer lugar, el rechazo del Tribunal a entender que pudiera infringir su contenido esencial la regulación legal limitadora de las facultades del propietario, relativas al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos que “imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria”⁷⁶. Y, en segundo término, merece subrayarse también la negativa del Tribunal a estimar vulnerado el contenido esencial de la propiedad agraria por la suerte de expropiaciones contempladas en la Ley 8/1984, de 3

⁷⁴ Cfr. *Ibíd.*

⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*

⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*

de julio, de Reforma Agraria, del Parlamento de Andalucía, como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra. Según afirmaba, “no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad”. En su opinión, además, la privación de las facultades de uso y disfrute no supondría, por sí misma, una ablación plena de la propiedad, como lo demuestra, añadía, “el hecho de que tales facultades son dominio volente perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien. Por lo demás este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestro ordenamiento por la vigente Ley de Expropiación Forzosa”⁷⁷.

4.3. ¿Primacía del valor de uso sobre el valor de cambio?

Le asiste la razón al Tribunal Constitucional cuando afirma, de un lado, que la función social de la propiedad es parte integrante del derecho y, en íntima relación con ello, de otro, constata la existencia de diferentes tipos de propiedad catalogables, entre otros posibles criterios, con arreglo al de las “finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer”.

Ciertamente los tiempos que corren no invitan tanto a hablar de la propiedad como de las propiedades. Una de las más significadas entre las inmobiliarias es la rústica, susceptible de subdividirse a su vez en varias categorías según el tipo de explotación a que se dedique: agrícola, forestal, ganadera, cinegética, minera, lúdica, turística, etc. Las cuales suelen ser objeto de actuaciones públicas limitadoras, cuando no ablatorias de dicho uso. Por eso se traen a colación tales propiedades, porque el género al que usualmente se adscriben, el de la propiedad rústica, se aviene a ser declarado “espacio natural protegido”.

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, podía haber resuelto muchas cosas, haber dejado atrás los tiempos en que se debatía respecto al reconocimiento o no de un *ius expropriandi* al propietario del bien rústico declarado espacio natural. Debate que propiciaron, sin duda, pronunciamientos como el de la STC 170/1989, de 19 de octubre,

⁷⁷ Cfr. F. J. 4.

en donde rechazó el Tribunal que la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, contemplara privación de propiedad alguna de los terrenos incluidos en dicho parque o de cualquier otro derecho indemnizable, y, por consiguiente, ninguna medida ablatoria del derecho de propiedad.

Para el Tribunal, la Ley realizaba, eso sí, “una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá, no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger. No cabe duda, por otra parte, que si las exigencias que impone la protección de los espacios naturales llevara al poder público a estimar necesaria la expropiación, ésta se vería obviamente sujeta a la legislación vigente en materia de expropiación; y lo mismo ha de decirse en relación con cualquier otra limitación singular de un derecho patrimonial susceptible de provocar daños que aunque legítimos deban ser objeto de resarcimiento”⁷⁸. Según el Tribunal, además, Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados, al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el art. 45 C.E.⁷⁹.

Como señala López Ramón, apoyándose en esta cita jurisprudencial, precisamente, la declaración de un espacio natural protegido no conlleva, necesariamente, con carácter general, la privación de facultades que caracterizan al derecho de propiedad⁸⁰. En su opinión –que aquí se comparte–, el artículo 39.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre⁸¹, además, se limita a “permitir el

⁷⁸ Cfr. STC 170/1989, de 23 de enero, F.J.8.

⁷⁹ Cfr. *Ibíd.*

⁸⁰ “Algunas expectativas del propietario –continúa– pueden quedar alteradas al declararse el espacio, como sucede normalmente con las relativas al eventual aprovechamiento urbano de la propiedad o a otras actividades económicas, pero no parece exacto sostener que todo aprovechamiento agrario quede directamente eliminado, y hay incidencias sobre las propiedades privadas que sólo se producen en determinados espacios naturales o en ciertas zonas de los mismos”. Cfr. López Ramón, Fernando, “El régimen de las indemnizaciones por las privaciones singulares derivadas de la legislación de conservación de la biodiversidad”. Actualidad Jurídica Ambiental. <http://actualidadjuridicaambiental.files.wordpress.com/2009/06/lopezramon-aja28062009.pdf>.

⁸¹ Según el cual: “La declaración de un espacio natural protegido lleva aparejada la declaración de utilidad pública, a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, así como la facultad de la Comunidad autónoma para el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto respecto de los actos o negocios jurídicos de carácter oneroso y celebrados inter vivos que comporten la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles situados en su interior”.

ejercicio de la potestad de expropiación forzosa para el cumplimiento de los fines de los espacios naturales”, de igual modo que lo permitían, añade, los artículos 3 y 10.3 de la Ley de Conservación de 1989 y lo permite también el artículo 13.1 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de Red de Parques Nacionales⁸².

Por su parte, la actitud de la jurisdicción contencioso-administrativa ante las privaciones singulares anudables a la declaración de un espacio natural es tan elocuente como lo revela la manifestación efectuada por el Tribunal Supremo, luego de entrar en vigor la Ley 42/2007, en su sentencia de 30 de abril de 2009. Téngase presente que allí ha reconocido el derecho a indemnización por la completa prohibición de los aprovechamientos cinegéticos, agrícolas y ganaderos establecida en el plan de ordenación de los recursos naturales de un espacio natural protegido porque: “no constituyen una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de esos aprovechamientos por razones de utilidad pública, que no deben ser soportados por la persona desposeída sin la indemnización correspondiente, pues en otro caso se vulnerarían el artículo 33 de la Constitución Española y los artículos 349 del Código Civil y 1º de la Ley de Expropiación Forzosa, que son los infringidos por la Sala de instancia al haber desestimado el recurso contencioso administrativo”⁸³.

En esto ha consistido el control efectuado sobre las declaraciones de espacios naturales protegidos por las jurisdicciones constitucional u ordinaria, en determinar si el grado de afectación soportado por las propiedades concernidas, como consecuencia de la acción pública de que se trate, vulnera o no el contenido esencial o mínimo del derecho, para, según el caso, revalidar o corregir la decisión de hacer recaer en sus titulares la carga concatenada a la declaración correspondiente.

Hasta el momento no parece ser objeto de debate que la protección de la naturaleza pueda limitar el derecho de propiedad ni que su titular haya de soportar alguna de las cargas que eso conlleva. Basta con que el legislador declare esa protección vinculada, como cualquier otra, al cumplimiento de una función social para zanjar toda discusión en torno a este asunto. Pero ¿no debería este derecho constitucional, en tanto que tal, mostrarse más resistente frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador, cuando se trata de proteger la naturaleza?

No se discute aquí que, en ocasiones, dicha tarea cumpla una función social de primer orden, recuérdense si no los perjuicios derivados de la destrucción del bosque para la agricultura y la ganadería. Sin embargo, de ahí a sostener que la protección de la naturaleza esté justificada, por sí misma, media un largo trecho que no ayuda a recorrer el silencio absoluto de la Cons-

⁸² Cfr. El régimen de las indemnizaciones por las privaciones singulares derivadas de la legislación de conservación de la biodiversidad. Cit. *Ibíd.*

⁸³ La cita ha sido extraída del trabajo, varias veces citado, de López Ramón.

titución en torno a este asunto⁸⁴. Interesa subrayarlo porque su colisión con el derecho fundamental de propiedad movería a efectuar una ponderación de bienes en presencia que, por la distinta calidad de los mismos, acaso resulte más ventajosa para el derecho, en el sentido de propiciar, con carácter general, como solución preferente la expropiatoria. Tal vez eso contribuyese además a revisar el actual entendimiento del derecho de propiedad, tan maleable por la acción pública protectora de la naturaleza, de tal modo que a la postre estimulase a realizar un uso restringido de la misma.

Quizá hubiera sido razonable proponer aquí una suerte de equilibrio distinto del indicado entre el derecho de propiedad y la conservación de la naturaleza, de haberle prestado la Constitución a esta última alguna atención. Sin embargo, el mutismo de aquella a su respecto no le depara siquiera el respaldo de la garantía constitucional que oponer al del contenido esencial del derecho por reducido que pueda ser su ámbito.

Desde luego que nada tiene de particular la pretensión de negar dicho silencio constitucional con el argumento de entenderse invocada la protección de la naturaleza en la mención del medio ambiente. Claro que vista aquella desde la perspectiva en cuya virtud reclamaría considerársela como una parte de éste, a despecho de comprometer seriamente, según viene señalándose, la tarea de construir un derecho al medio ambiente. Idéntica función argumental, subordinada al servicio del propósito indicado, desempeñaría igualmente pretender bien que cuanto se avenga a estimarse naturaleza es un recurso natural o bien que protegiendo la naturaleza se contribuye al bienestar de las personas. Debido, en el primer caso, a la convocatoria de los recursos naturales, por el artículo 45.2 de la constitución, para su utilización racional; y, en segundo, a que el bienestar o, tanto da, la calidad de vida, es expresamente llamada por esa misma disposición a protegerse.

Interesa subrayarlo porque de estos dos últimos planteamientos se hace eco la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Considérese al respecto que su artículo 3.30 identifica a los recursos naturales con “todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial, tales como: el paisaje natural (...)”⁸⁵. Mien-

⁸⁴ En cambio, la Constitución sí habla de proteger las modalidades lingüísticas de España (artículo 3.4), la juventud y la infancia (artículo 20.4), la familia (artículo 39.1), los hijos (artículo 39.2), los niños (artículo 39.3), la salud (artículo 43.1), el medio ambiente (artículo 148.1.9 y 149.1.23), los edificios e instalaciones de las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.22) y el interés general de España (artículo 155).

⁸⁵ “(...) las aguas, superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales, cinegética y de protección; la biodiversidad; la geodiversidad; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; los hidrocarburos; los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico, los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables”, concluye dicho artículo 3.30 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre.

tras que su artículo 4.1 reitera la afirmación del Preámbulo según la cual: “el patrimonio natural y la biodiversidad desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico”.

Desde Luego no se negará que merezca la consideración de recurso natural cualquier cosa procedente de la naturaleza susceptible de aprovechamiento para satisfacer las necesidades humanas. Al recurso natural ha de exigírsele, por tanto, que tenga valor de cambio. Consúltese si no el Diccionario de la Real Academia, según el cual, recuso, natural o no, es el “conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa”; y téngase en cuenta además que, de acuerdo con este significado adquieren plenitud de sentido no sólo el enunciado del artículo 45.2, sino también el tratamiento de los recursos naturales como bienes de dominio público por el artículo 132.2, no en balde ubicado en el Título III de la Constitución, precisamente dedicado a regular la economía y la hacienda, recuérdese. No se diga entonces que recurso natural es cualquier cosa con valor actual o potencial –salvo que quiera apelarse con ambos términos al valor de cambio– ni se afirme tampoco que sea un recurso natural el paisaje, tal vez provisto de valor de uso, pero no de cambio, abstracción hecha, claro está, de lo que cueste su declaración para los propietarios de los bienes afectados.

Pero, si el artículo 3.30 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, fuerza de este modo el recto entendimiento del lenguaje y aun de las categorías jurídico-constitucionales, también lo hace el artículo 4.1. Pues, dígase en qué beneficia a las personas la declaración de una Zona de Especial Protección de las Aves, como las avutardas, por ejemplo. Acaso el bienestar de tales aves quede asegurado con ello, pero, según ha quedado dicho, el de las personas es otra cosa.

De ahí que, en casos como éste, resulte tanto más encomiable la actitud de los poderes públicos tendente a cerrar los acuerdos voluntarios que aconseja adoptar dicha Ley en su artículo 4.3, entre la Administración actuante y los propietarios de los recursos naturales, en este supuesto las fincas rústicas afectadas por las limitaciones de uso consustanciales a la declaración de una Zona de Especial Protección de las Aves. De este modo podrá paliarse, cuando menos parcialmente, esa consecuencia adherida a la declaración del señalado espacio natural protegido, es decir, el menoscabo que significa, no para los bienes inmuebles concernidos, claro está, sino para sus dueños, sujetos de derecho, la decisión de beneficiar a bienes sin dueño y objetos de derecho, las avutardas.

Pues bien, respecto de la modalidad de espacio natural protegido señalada, muestra, por una parte, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, tanto interés como evidencia su tratamiento autónomo y pormenorizado de la figura; y las administraciones públicas autonómicas, llamadas a emplearla, por otra, la predilección por la misma que revela la frecuencia de su empleo. Circuns-

tancias ambas perfectamente comprensibles, considerando cuánto han significado para España las Zonas de Especial Protección para las Aves, susceptibles de considerarse las teselas del mosaico conocido como la “red ecológica 2000”⁸⁶, del cual LIFE + es su instrumento financiero. Téngase presente que hasta 2006 el programa LIFE-Naturaleza ha cofinanciado en España 188 proyectos, lo que representa una inversión estimada de 226,8 millones de euros, de los que 98,6 corresponden a la Unión Europea⁸⁷, y que el presupuesto de LIFE +, para el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2013, asciende a 2.143.409.000 euros⁸⁸.

⁸⁶ Regulada, en lo que se refiere a las aves, por las Directivas 79/409/CEE y 91/244/CEE, así como por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, en sus artículos 41 a 48.

⁸⁷ Cfr. http://ec.europa.eu/environment/countries/documents/spain_es_nov06.pdf.

⁸⁸ Cfr. http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/128021_es.htm.

Difusión extrajudicial del *derecho justo* frente al reto del *achicamiento del mundo*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

Recibido: 11.11.2011

Aceptado: 21.11.2011

Resumen: La sociedad moderna actual es una colectividad organizada que aspira a conseguir el imperio de la justicia material en las relaciones humanas y superar la *judicialización monolítica* de los conflictos. La tarea de la *difusión extrajudicial del Derecho justo* se emprende por la *comunidad universal de juristas libres* en los *espacios de identidad evolutiva* que se delimitan y protegen. El *bien común* de estirpe secular deriva de generalizar ese Derecho justo a través de modos de composición cuales la conciliación, la mediación y el arbitraje. Su manejo de las *normas del orden natural de la equidad* comprende los actos de creación, evolución y delimitación fisonómica que promueven una *conciencia consolidada de modernidad* y un *desarrollo económico sostenible*.

Palabras clave: Comunidad universal de juristas libres, espacios de identidad evolutiva, equivalentes jurisdiccionales, desjudicialización, modernidad, justicia material,

Abstract: *The modern society is an organized collectivity which aspires to gain the sway of the material justice in the human relations and surpass the monolithic judicialization of the conflicts. The task of the extrajudicial diffusion of the just law, is undertaken by the universal community of free jurists into the spaces of evolutive identity which are exactly delimited and protected. The common well or secular welfare results of generalizing the just law through the judicial equivalents as the the mediation and the arbitration. The management of the rules of the natural deposit of the equity includes the facts of creation, evolution and delimitation which promote a consolidate conscience of modernity and a sustained economic development.*

Key words: *Universal community of free jurists, spaces of evolutive identity, judicial equivalents, desjudicialization, modernity, material justice.*

SUMARIO. 1. Coyuntura y alcance de la *difusión extrajudicial del Derecho justo* y de la generalización del llamamiento a la justicia material que se encomiendan a la *comunidad universal de juristas libres*.—2. Racionalización jurídica del cambio que debe el control de sus transformaciones a la causa de la *difusión extrajudicial del Derecho justo* en la sociedad globalizada de hoy día.—3. Regeneración conceptual que, como base y fundamento del cultivo del Derecho justo, distingue al *bien común de estirpe secular* perseguido por la *comunidad universal de juristas li-*

bres.—4. Significación extrajudicial de los *valores inherentes al Derecho justo* que difunden los promotores y agentes de sus inclinaciones expansivas.—5. Perspectivas del *mundo global* inmerso en el afán de difundir extrajudicialmente el Derecho justo que la *comunidad universal de juristas libres* tiene a bien reconstituir y propagar.—6. Variedad de problemas que suscitan los esfuerzos de la *difusión extrajudicial del Derecho justo* cuya recepción se considera imprescindible y apremiante.—7. Sucesión de la idea de *tradición* por la acogida de los ingredientes de la *modernidad* de las acciones dirigidas a la *difusión extrajudicial del Derecho justo*.—8. Panorama del Derecho justo cuya difusión preferible y extrajudicial comprende las operaciones de *hallazgo* y *desarrollo* que ha de acometer la *comunidad universal de juristas libres*.—9. Principios informadores del depósito del Derecho justo cuya difusión y reparto, fruto de la creatividad de la *comunidad universal de juristas libres*, acusan la impronta de la modernidad.—10. Conclusiones que es dable formular tras las reflexiones que se han venido haciendo.

1. Coyuntura y alcance de la *difusión extrajudicial del Derecho justo* y de la generalización del llamamiento a la justicia material que se encomiendan a la *comunidad universal de juristas libres*

La justicia es un bien que, como tal, tiende a diseminar las acepciones que su carácter de concepto jurídico indeterminado le confiere. El uso recurrente del interrogante “...¿*qué justicia?*...” trasluce, además de sus excusiones teorizantes, la obstinación existencial por encontrar una definición persuasiva y excluyente o entender que, desechando las tentaciones arbitrarias, hay que seleccionar los significados de la justicia compatibles con la fisonomía del *mundo achicado* que —con deplorable ordinariedad— se ha dado en llamar *aldea global*. Su empequeñecimiento tecnológico embebe la *gran sociedad* —presente en todos los rincones de la Tierra e inseparable de las conquistas de la *modernidad*— de los tiempos que hoy toca ¿sufrir o disfrutar? a los pobladores de su espacio habitable.

Esa sociedad se configura como una *colectividad organizada* que —gracias a sus elementos personales y sus especies de intencionalidad— resume el hambre y la sed de cuantos, sumergidos en la vida de relación, aspiran a implantar la justicia material en los confines más ignorados y distantes. Es una sociedad deseosa de que sus adquisiciones gratifiquen a quienes, después de conocerlas, las acomodan a las previsiones que el Derecho justo elabora para defender los intereses anejos a la inevitabilidad de unos cambios vislumbrados con asombro y aguardados con expectación. Tampoco escatima su avidez de que los testimonios de una justicia creciente mitiguen las estrepitosas convulsiones del cuerpo social. Es una sociedad consciente de que la *judicialización monolítica* de las controversias ya no sirve a los fueros de una justicia material cuyos diagnósticos dependen de los rumbos de su evolución y de lo errático de sus apariencias. Estas impresionantes realidades —en que redundan

los modos de comunicarse y subsistir– abonan la oportunidad de construir una *teoría de la supervivencia* en la sociedad globalizada.

Nadie osa sostener que el Poder Judicial de los Estados soberanos goce hoy de medios aptos para asegurar situaciones de concordia social irreversible y conservarlas allí donde las colisiones de intereses cuestionan las claves de la *conversión del Derecho en justicia*. La sociedad se aferra a la *elementalidad de lo intuitivo* y confía en una creatividad que, rindiendo homenaje a la voluntad de hacer justicia, mundialice las normas rectoras de los conflictos promovidos a lo largo de su crecimiento. Abordadas con técnicas de pacificación cuajadas de óptimas intenciones, pero trémulas ante las veleidades del futuro, las soluciones obtenidas ofrecen panoramas alentadores o irremediablemente degradados. El buen sentido y la común experiencia de los grupos sociales coinciden en que los conflictos se han de gestionar y resolver por las vías que, lejos de agravar su irritación, ablanden sus endurecimientos. Razones de peso avalan este pensamiento. Hay que rescatar, con sinceridad y arrestos críticos, aquellos principios sin los cuales la definición de la justicia es una aventura vana y vacua, porque cunde un *despedazamiento conceptual* que daña su *entendimiento pluralista*. Hay posiciones políticas vulgares que no soportan las discrepancias más rudimentarias o se confunden con disgresiones especulativas cuya indigencia nada tiene que ver con su sustancia. Es inaplazable recobrar –traspasando las tinieblas históricas de un pasado distante y/o discutible– los atributos congénitos de una justicia a cuyo encuentro sale una humanidad dispuesta a despoblar los infiernos que aun *arden a la vuelta de la esquina*. No se concibe un conflicto sustraído a la opción de que sus incidencias se resuelvan conforme a justicia, porque su peso específico, las posturas de los protagonistas y/o los sujetos concernidos por su aparición, el acceso a las normas del Derecho aplicable y sus orientaciones complementarias bastan para incitar a la *difusión extrajudicial del Derecho justo* con el tesón que se merece esta tarea.

La delimitación de lo que la *justicia material es y significa* no se debe a especulaciones primorosas, sino al entusiasmo que –sin ignorar lo escabroso de semejantes aventuras– la mejor parte de la sociedad globalizada despliega para regenerar sus efectivos. Ha llegado el momento de que, colmada su paciencia, la población del universo reaccione con una *capacidad de indignación* a la que daba la impresión de haber excluido de sus predilecciones y renunciado precipitadamente. La consigna de publicar la indignación es evidente y ejemplifica, sin protagonismos excéntricos, una actitud de rebeldía que arrasa los espacios en que se aposentan los *bienaventurados poseedores* que trituran a los *desheredados integrales*. Se conducen al uso de los renacentistas opulentos que, *embutidos en sus butacas de cuero de cordobán, vegetaban, dejando hacer, con las manos groseramente cruzadas sobre el vientre*. Hay que sobrepasar los contornos conceptualmente pacíficos del Derecho de Gentes asociados a las manifestaciones de autoridad moral y doctrinal de las culturas o civilizaciones conocidas, aunque sus análisis acusen las disparidades

con que, por citar un ejemplo, se ha examinado el *tema de la guerra justa*. La revisión y puesta al día de la justicia ambicionada no equivale a un arbitrio de modernización superficial y sí a la inestimable tentativa de internarse en las *honduras éticas de la modernidad*.

A la consigna de una evolución prudente y detenida sustituyen los cambios torrenciales que acreditan cómo el entrecruce de los *espacios de identidad evolutiva* –un capítulo más de las peripecias del proceso globalizador– incluye las cuestiones sobre las perspectivas del *Derecho justo*. Este deviene objeto capital de los problemas que tocan a la generación, la interpretación, la aplicación de sus normas y la atribución de la eficiencia potenciada que –bajo el rótulo de transformación o *espíritu de cambio*– se predica de sus contribuciones y de la magnitud de las adhesiones que desencadena. El *fenómeno globalizador* pudo inspirar una solidaridad que, buscando la *irrompible factura del bien*, se viese cautivada por los valores de la justicia material, pero su desenfreno y estilo corrupto apostaron por el cultivo de la enemistad y la opresión. Cuesta llamar *hijas de la modernidad* a las situaciones que de esta propensión han nacido. La justicia –destinada a los sujetos de las civilizaciones enclavadas en los ámbitos de la sociedad globalizada– ha de forjar, a costa de la responsabilidad histórica de sus valedores, los *principios metodológicos* que, asociando finalidades en parte comunes y en parte divergentes, condenen a entenderse mediante ejercicios de tolerancia conciliables con un legítimo amor a la verdad. ¿Cabe acaso entender que la *modernidad auténtica* consista sólo en esto?

La libertad despierta la pasión por la verdad que dignifica las acciones y/u omisiones humanas. Las verdades que ilustran las transformaciones del Derecho fiel a la justicia material, pertenecen a un *Derecho de Gentes de la modernidad* cuya acogida provocará reparos que censuren la altivez moral de sus proyectos. La redefinición intentada obliga a discurrir intensamente –como un paso en pos de la *alianza de civilizaciones* que tiene poco de factible y mucho de artificiosa propaganda– sobre el alcance de los dogmas y ofertas de sus definidores. Su incorporación no puede ser, so pena de viciar su rehabilitación conceptual, materia disponible o expuesta a desfiguraciones omplacientes. La evocación tenaz de la *justicia material* lleva a preguntarse si sus ímpetus se van a congelar en unos pagos donde las potencias del alma transigen con esta servidumbre o si, gracias a una feliz idea, ya está en marcha un proceso que –auxiliado por la curiosidad de los historiadores y paliando los choques de las civilizaciones– recompone los *estados de inocencia original* que propician climas de mutuo entendimiento. De ser así las cosas, los *espacios de identidad evolutiva* revisarán sus tradiciones seculares, aceptarán las realidades medulares de la sociedad globalizada y adaptarán sus intereses y/o formas de vida a los avisos del bien común universal. Vistiendo siempre el estético ropaje de un eclecticismo que, para bien de todos, se recobra y desecha los aspectos del *consenso* que malinterpretan el fondo de las cosas.

El *bien común de la modernidad* armoniza los postulados de la justicia material y el depósito del Derecho de Gentes que crece a sus expensas. Se cuenta, para ello, con las contribuciones de la *coexistencia armoniosa* que no es la yuxtaposición mecanicista de seres humanos, sino la desembocadura de un pacto social que, mostrando lo envidiable de una vida apacible, pregona por doquier sus ventajas. El bien común emerge en los *espacios de identidad evolutiva* que agrupan sus particularidades diferenciadoras y refuerzan los hábitos de renovación, de desarrollo previsible y, ¿por qué no también?, de asombrosos cambios sustanciales. Recapitula las demandas de una *solidaridad inquebrantable*, sin cuya coherencia decaen las probabilidades de completar la *hoja de ruta* de los proyectos mejor orientados. El bien común agiganta, merced a la *participación*, las legítimas apetencias de los seres humanos, pues es inadmisibile que, comenzada una tarea de esperanzadores dimensiones, se desvanezca el panorama al que las personas y los grupos sociales se aproximan ilusionadamente.

La difusión extrajudicial del Derecho justo refleja la entereza con que una comunidad universal de nueva hechura emprende caminos cuyo tránsito soportará el asedio de los pecados capitales –soberbia, avaricia y envidia– de sus adversarios. La forman *juristas libres*, desvinculados en raíz del mundo institucional y de los núcleos de poder de hecho o de Derecho, pero dispuestos a exaltar la verdad con una devoción que santifica sus libertades electivas y arrostra las afrentas que, en el rodaje de la sociedad globalizada, corroen lo cotidianamente sano de la vida. Resueltos a que la supresión de esas taras y la exhumación de la verdad liberadora –aun al precio del escarnio social o de la seguridad personal puesta en peligro– impidan que la infelicidad castigue los destinos de los seres humanos más desprotegidos.

2. Racionalización jurídica del cambio que debe el control de sus transformaciones a la causa de la *difusión extrajudicial del Derecho justo* en la sociedad globalizada de hoy día

Los artífices del cambio –pertenecientes a la *comunidad universal de juristas libres* o ligados a otras formas de cooperación a esta mudanza– sustituyen los conceptos fixistas de justicia por un acervo de valoraciones cuya penetración es más intrincada que un grosero *cambio de etiqueta* o una acomodación de maquillaje al semblante de la sociedad globalizada. La *comunidad universal de juristas libres* rastrea los hallazgos que retan a una conciencia atormentada por los métodos de su averiguación. Una conciencia disconforme con las propuestas sensacionalistas que, fingiendo adelantos espectaculares, aportan exiguas dosis de progreso, ya que sus prospecciones se ciñen a un *pensamiento de deseo* incapaz de sobrepasar el punto y hora en que los ímpetus de la voluntad han decaído y las luces del entendimiento parpadean. El *asombro* –fuente de la predisposición inquisitiva– puede generar respuestas nacidas de una frivolidad apresurada o de interrogaciones concienzudas que

prueban la plena inmersión de sus análisis, aunque no expriman las verdades pendientes de conocimiento. Sus cavilaciones les acercan a los problemas debidos a la modernización de un Derecho de Gentes o *suma de principios* que –puestos al día, reconvertidos o apenas estrenados– se coordinan con una seriedad que, al rechazar la laxitud, encarece el rigor de su discurso. La comunidad universal se mira en un *espejo de justicia* que, al precio de transigencias no demoledoras del interés de los más débiles, añade otras opciones que aparecen en el curso del fenómeno globalizador.

Los diseños de la justicia material han de acatar las demandas de una sociedad hospitalaria y celosa de su funcionamiento regular. Si la ponderación de las circunstancias del tiempo y del lugar garantiza la aplicación correcta de las normas jurídicas, abruman las razones que –sin los apremios del progreso a ultranza ni los lastres del inmovilismo a cualquier precio– iluminan el *verdadero rostro* de la justicia material. Una justicia que, informando lo que ha de ser el bien común, no se limite a remedar la coexistencia armoniosa, la colaboración responsable y la participación equitativa que le singularizan.

Los agentes encargados de juridificar los perfiles de la sociedad globalizada, propugnan una técnica de solución de conflictos que mejore la calidad de la justicia material a que han de atenerse sus criterios. Concurren razones aplicables a cada *espacio de identidad evolutiva* que preexiste en un ámbito significativo de la familia humana o surge entre las luces y las sombras de momentos venturosamente seleccionados por la Historia. La contribución de este discurso al prestigio de la justicia material desenmascara las confrontaciones que, escondiendo animosidades indelebles, fingen adherirse a las *supuestas genialidades* del consenso. Silencian los riesgos destructivos a que se expone la verdad y elogian las falsificaciones que entrañan los *monólogos unilaterales* y/o los *diálogos de sordos*. Los primeros escuchan la voz del más fuerte y amordazan los pareceres que les descalifican. Sus especialistas desoyen cuantos argumentos, por cuerdos que parezcan, contradicen sus actitudes petulantes. Los segundos pretenden el ciego acatamiento de sus proposiciones, pero temen arrostrar los debates que –debiendo llegar al fondo de las cosas– rebasan las penurias de su bagaje moral e intelectual.

La justicia material y el Derecho justo fomentan una *pedagogía salvífica* que, en vanguardia de la acción transformadora, sirve a sus finalidades más nobles. Privilegia las soluciones conexas con la inminencia del cambio intuido. Apoya la dignidad de la persona individual que, ejerciendo su *cosmoeminencia* sobre el resto de los seres que pueblan el mundo, justifica el *derecho de crédito social* nacido de una cohesión indivisible frente a sus semejantes. Propugna la *indemnidad de los derechos inviolables* para satisfacer sus contenidos esenciales sin diminutivos de sustitución y/o resarcimiento que les empequeñezcan. La justicia material y el Derecho justo modernizan –con alcance distinto del propugnado, tiempo atrás, por los totalitarismos reaccionarios– el *arte de vivir peligrosamente* en la porción de la ciudad terrestre que toca en suerte habitar a cada uno. La cualidad de *ser digno*

engloba las adquisiciones de quienes merecen los beneficios con que el mundo circundante gratifica su pertenencia física y moral —porque nunca son *desheredados integrales*— y engrandece sus intereses legítimos. El bien común consta de un *componente de grandeza* —resumido en los requerimientos de la coexistencia pacífica, la colaboración solidaria y la participación equitativa— y un *depósito de servidumbre*, que alberga los deberes anejos a su propagación.

El crecimiento gradual del universo depende de unas cuantas variables, pero es a expensas de lo que significa el bien común, cómo y cuándo se toman cuenta y razón de ese progreso. Otro tanto se dice de los valores propios y ajenos que triunfan al finalizar los ciclos de maduración que hacen del bien común un *producto social consolidado*. El bien común se compone de experiencias didácticas que, fundadas en los aleccionamientos del pasado, templan la desazón causada por las sorpresas del futuro y se enfrentan a sus interrogantes. Estas notas obligan a un adiestramiento que, lejos de apocar a quienes administran los resortes de la creatividad, mantiene el coraje necesario para conducirse con la intrepidez que su sentido de responsabilidad les inculca. El espíritu del bien común amplía la compensación de sus desvelos a cuantos necesitados o indigentes confían en fraguar un acervo de bienes igual o semejante para todos. Condena el dogmatismo marxista que, ultrajando la cosmoeminencia de la dignidad, respaldaba el *criterio inhumano de dar a cada uno conforme a sus necesidades y reclamarle cuanto, hasta la extenuación, permitiesen sus posibilidades*, por parcas o excesivas que fuesen unas y otras.

La dignidad —amén de los derechos inviolables que hacen de ella un obsequio de primera magnitud— obliga a que sus portadores se endeuden con cuantos sienten el apremio de una solidaridad incommovible. Este dato rebaja los niveles de injusticia que aturden la sensibilidad moral en la sociedad globalizada. La provisión del postulado de la dignidad obedece a la *irrestringida voluntad de ser libre* y sortear los obstáculos a la circulación del bien jurídicamente protegido que constituye la existencia personal. Los moradores de la sociedad globalizada se enfrentan al dilema de encarar las veleidades del futuro o importarles poco las *condenas a muerte moral* que provoca el descrédito de su imagen.

El Derecho deriva de un *proceso racionalizador del cambio* que llama a las puertas de la modernidad alertada por sus aldabonazos. Irrumpe en el *gran teatro del mundo*, donde los individuos de la sociedad globalizada se distribuyen los papeles de una escenificación interminable. Sus controversias no se agotan en el marco de la jurisdicción y sólo la pretensión liberadora de la *comunidad universal de juristas libres* permite asumir el reto de sus complicaciones. El *normativismo* acostumbra a deambular por senderos estrechos, sin desbordar las angosturas que impiden la flexibilidad de las soluciones justas. La *tecnología* siembra de enigmas las disciplinas del espíritu y decepciona la curiosidad de los juristas que discuten la eficacia de la inteligencia

artificial allí donde *lo justo sintetiza lo inteligible y lo emotivo*. No cabe encuadrar en un patrón universal los problemas defectuosamente suscitados o que obligan a tomar contacto con disciplinas ayunas de experiencias pacificadoras. Tampoco es fácil desvelar la interconexión de las cuestiones mal planteadas, que conciernen a los vicios de origen, y/o incorrectamente percibidas, por carecerse de una *metodología de inclusión* en su propio bagaje. Influyen, por último, negativamente la imposibilidad de acortar la duración de los procesos judiciales –reponiendo el poder adquisitivo de los actos justos– y la desproporción entre el coste de aquéllos y el valor de los intereses en conflicto.

Las variables de la ecuación descriptiva de estas situaciones dejan oír, llegada la ocasión, las voces alarmantes del *estado de crisis*. Los utilajes morales, jurídicos, políticos, sociales y económicos delatan al mundo o las partes del mismo en que reverberan las luces de los cambios –no necesariamente simultáneos ni sujetos a reglas comunes de invasión y/o adelanto– de las realidades afectadas por su advenimiento. La crisis certifica la debilitación de los pilares que, mientras se resistieron las convulsiones ordinarias, prolongaban la supervivencia del universo predispuesto a un próximo futuro agonizante. Las particularidades de la crisis no autorizan a vaticinar –para ofuscar a la sociedad que la sufre– la llegada del día en que los *paraísos perdidos* rescatarán su valioso pasado. La flaca cobertura que un optimismo falso presta a las mentiras institucionales, convence de que nunca se volverá al mundo de antaño, pues, tras un amasijo de sucesos empavorecedores y confusos, se esconden las primicias de un estado de cosas que sucede al que se extingue para siempre. La inmersión en la *nebulosa de la crisis* erosiona los flancos mejor protegidos y acostumbra a las incertidumbres de un *mañana sin rostro cognoscible*.

La crisis proviene de la obsolescencia de los medios que –aunque aparentemente buenos para superar los inconvenientes de su empleo– de poco sirven cuando su ineficacia es conocida de la opinión pública y controlada por las libertades de expresión. El desasosiego de los augurios se acelera si, lejos de admitirse la existencia de un *mal de crecimiento*, cunde el empeño en gestionar la crisis con falacias o cínicos arrepentimientos que demuestran insinceridad e ignorancia. Se advierte la voluntad tardía de reemplazar lo perecido por algo evanescente que, ante la perplejidad de los pronósticos factibles, rezuma frustración y zafiedad. A las mendaces reflexiones que la propagando oficial inventa para inútil consuelo de los afligidos, el *tirador de turno* sabe que sólo queda el último cartucho en el arma empuñada desde la trinchera en que se ha guarecido.

Aunque muestre obscenamente su desnudez en medio de la calle e impresione lo despiadado de su azote, las alusiones a la crisis desencadenan un pavor que induce a negar altivamente su existencia. Bien colocando, sin escrúpulos, a la *verdad de ojos vendados* frente al pelotón de fusilamiento, bien abusando de nominalismos que redoblan la ira de una ciudadanía resuelta a

decir *no*, a dismantelar la industria del *engaño impenitente* y a engrosar la *milicia de los indignados*.

Cuesta abordar las contingencias expuestas a la solicitud de un Derecho que, alzándose contra las adversidades de la crisis, quiere acondicionar de nuevo –sin afeites que oculten la crudeza del tránsito– el estado de cosas que se desmorona. Los fenómenos visibles de la crisis pueden provocar un proceso que acredite la fecundidad del Derecho capaz de salvarla, tonificando sus oportunidades de arraigo y allanando las vías de su efectividad. Para intensificar una coordinación aseada, el Derecho comprueba la *modernidad de las parcelas* que, unas veces, gozan de una tradición consolidada y, otras, exigen averiguaciones concienzudas. La posibilidad de que sean más numerosas y difieran de las divisadas a primera vista, entorpece el trabajo de individualizarlas. Su rotulación –como *espacios de identidad evolutiva*– es preferible a la de *civilizaciones* y/o culturas.

3. Regeneración conceptual que, como base y fundamento del cultivo del Derecho justo, distingue al bien común de estirpe secular perseguido por la comunidad universal de juristas libres

La originalidad del *bien común* muestra el automatismo de los cambios con que los *espacios de identidad evolutiva* acusan la huella de su impacto. Sus mudanzas ocurren en las más alejadas zonas de un mundo afectado por las irradiaciones globalizadoras. El bien común inyecta un *plus de solidaridad* curativo de la contrariedad que aqueja a la persona –caída en desgracia de la Historia y víctima de sus iniquidades– cuando pide auxilio para cerciorarse y convencer a los demás de que aun es dueña de sí misma y de su libertad de decisión.

La fenomenología de la globalización está repleta de *componentes demoníacos*. Usa de antagonismos inmisericordes y, si se sale con la suya, produce crisis de hostilidad rabiosa, pues el anhelo del bien y la verdad sucumben al *sistema de lucha continua* en que, para capitalizar sus tensiones, se adiestra a los miembros de la familia humana. Descartado el acierto de la máxima “*el inteligente es bueno por sistema, y el bueno es también inteligente*”, la posesión de inteligencia no autoriza a presumir la bondad de las conductas humanas y da paso a diagnósticos menos candorosos. El *talante hobbesiano* de conservación y recelo revive a la vista de un hecho globalizador que no se compagina con el bien común. Se disuelve el *espíritu roussoniano* de sociabilidad que enmendaba las insuficiencias de una comunicación personal inteligente y una posesión educativa de las cosas. Las orientaciones pesimistas no sólo persiguen la derrota de los efectivos del bien, sino que lastiman el ejercicio de la recta razón y arruinan los esfuerzos armonizadores. Si estas inclinaciones prevalecen, fracasará la predicción de que *el gobierno retórico y dialéctico del mundo irá triunfando –pausada y vigorosamente– sobre las tensiones sociales de la fuerza*. Premonición inseparable de las aspiraciones

que, para *vivir justamente*, requieren refundir el cuerpo y el alma de una *ciudad terrestre* en que la persona humana ame, sirva, conviva y edifique.

Cada habitante de la ciudad terrestre debe sobrevivir en paz con sus iguales y defender la indemnidad de los derechos cuyo respeto acentúa su libertad individual. A la luz del hecho globalizador, el bien común cursa el anhelo de creatividad que reflejan las voces de una sociedad hambrienta y sedienta de justicia. Exige que, sin perjuicio de atenerse a la celeridad de los cambios, nadie discuta el derecho innato de cualquier persona a beneficiarse de la *cooperación de los demás*, si las circunstancias lo demandan imperiosamente. El bien común presupone un *principio de máxima flexibilidad* que, sin intemperancias conflictivas, coordina las verdades de un *cielo moral* antepuesto al Derecho de Gentes que se moderniza. Labor que incumbe a la colectividad organizada en la *comunidad universal de juristas libres*, extraña al pie forzado de unas estructuras –nacionales o supranacionales– cuyas normas jurídicas hacen, algunas veces, oídos sordos a las admoniciones del Derecho justo.

4. Significación extrajudicial de los valores inherentes al Derecho justo que difunden los promotores y agentes de sus inclinaciones expansivas

Las realidades jurídicas de la sociedad globalizada proceden de títulos o fuentes que remueven los clásicos confines de su establecimiento. Además de las tradicionales, muchas fuentes atípicas fomentan un *retorno incesante* que, predicado antes de los avances yusnaturalistas, lo es ahora de la *difusión extrajudicial del Derecho justo*. Los actos creadores de las situaciones que rehabilitan el crédito de la justicia material, pertenecen a un repertorio de fuentes cuya separación obliga a distinguir. Unas actúan como emanaciones de los poderes del Estado a los que el Derecho constituido inviste de las competencias precisas para cumplir las funciones que se les asignan. De ahí, la estructura de la soberanía integrada por un Poder Legislativo *irreprimible*, un Poder Ejecutivo *irresistible* y un Poder Judicial *irreprochable*. Otro es el caso de los *equivalentes jurisdiccionales* que compiten con aquellas fuentes.

Los sustitutivos procesales ocupan el lugar del órgano u órganos homólogos del aparato judicial del Estado social y democrático de Derecho, porque, una vez insertos en las contradicciones de la sociedad globalizada, segregan las *dosis de equidad* imprescindibles para restaurar los equilibrios rotos. Un sustitutivo procesal es, en el campo del Derecho nuevo, la modalidad de acción u omisión idónea para reconstituir, conforme al *orden natural de la equidad*, la cantidad y/o la calidad de un interés que –entre los razonablemente accesibles– reclama el más justo tratamiento de las peripecias de su contenido esencial.

La difusión de los contenidos del Derecho justo comprende las ventajas ofrecidas por la creciente intervención de los equivalentes jurisdiccionales. Su cultivo es obra de juristas que, cautivados por los alicientes del orden na-

tural de la equidad, comulgan con el empirismo del *sistema anglosajón* y suavizan las asperezas del sometimiento exclusivo al imperio de la ley que, en general, profesan los ordenamientos jurídicos del *sistema continental*, y, en especial, los componentes de la *familia romanogermánica*. Los más de esa *comunidad universal de juristas libres* se han adiestrado en la enseñanza del Derecho o, coexistiendo con las jurisdicciones de los Estados soberanos o las comunidades supranacionales, defienden intereses cuyos portadores aceptan los diagnósticos ligados al *impacto de la modernidad*. Invitando a *ganar toda esperanza*, sus mensajes invaden los espacios de dificultad reconocida y deciden sobre temas polémicos cuya judicialización no se aconseja. Si estas orientaciones se desoyen, escasearán los bienes inherentes al imperio de la justicia material y medrarán las disfunciones de una *justicia tardía* que degenera en *justicia mal administrada*. De ahí, lo cualificado de unas técnicas que comparten las inquietudes de vanguardia del *orden natural de la equidad*.

La expansión políticosocial del Derecho –querido por la *comunidad universal de juristas libres*– sitúa los designios de perfeccionamiento en sendos planos de conocimiento y eficacia. Uno es el que –gracias a la arrogancia de la voluntad y las victorias del entendimiento sobre las verdades oscurecidas o troceadas– permite subrogarse en las posturas definidoras de las contiendas enjuiciadas. El otro proscribía las simplificaciones ingenuas e invita a aprovechar las experiencias ofrecidas por el Derecho justo a los espíritus confiados en la efectividad transformadora de sus invasiones.

El instituto de la *mediación* se funda en el convencimiento de que los *espacios de identidad evolutiva* –¿ámbitos de cuasicivilización?, ¿seudoculturas?, ¿colectividades a punto de resultar comunidades, ¿países emergentes?, ¿nacionalismos arraigados?– deben la máxima fidelidad a sus esencias y aceptan los retos de la sociedad globalizada que los asimila en el achicado mundo de hoy. Tanto al extender el Derecho justo que difunden, cuanto al predecir sus mutaciones, los pobladores inteligentes y curiosos de dichos espacios se hacen preguntas de *significación metodológica*. ¿Cómo han de integrarse las experiencias concurrentes para extraer de su comparación algo más que una lista de analogías y diferencias, y añadir ingredientes saludables al cuerpo de doctrina preconstituido? ¿Qué habilidades técnicas hay que poseer para localizar las vías de acceso a los ambientes del Derecho justo? ¿Qué enumeración, estimulante y cuerda, cabe hacer de los medios ordenados al buen fin de esas operaciones? ¿Cómo armonizar sus perspectivas con la homogeneidad de los objetivos a que la difusión extrajudicial del Derecho justo se encamina? Lo interesante del discurso no oculta la penosidad de una tarea tan urgente como surcada de tropiezos refractarios a un *efecto de síntesis*.

La sana conciencia de la sociedad globalizada aspira a poblar un universo donde –entre las *lucres de la gran ilusión* y las *sombras de la perplejidad*– se inviertan productivamente las piezas de la renovación conceptual del bien común y de la versión actualizada de la paz que encarna la noción –sugerida tiempo atrás y no anteayer– del *desarrollo sostenible*. ¿Una resurrección tec-

nológica de la consigna que, rezando “*siempre más, nunca bastante*”, declaraba irreversibles las adquisiciones sociales? Se reitera la idea de que quienes no intentan liberarse de las servidumbres espurias y de sus detestables cargas, atropellan la excelencia de una dignidad que *ha de subsistir custodiada, erguida y animosa*. Sin exultantes optimismos, se revigoriza una coexistencia curada de fragilidades, se adelgazan sus contradicciones y se establecen los confines de los *espacios de identidad evolutiva*. El ambiente propicio al respeto de las libertades erosiona los convencionalismos que desatentamente las vulneran. Se potencia el *ejercicio de la tolerancia* que no se agota derrotando a los coyunturales enemigos, sino conjugando la disponibilidad de los recursos hacederos y los criterios de su preferente aplicación.

Las propuestas de la difusión extrajudicial del Derecho justo desechan las alternativas a los elevados *costes económicos de la judicialización de controversias* y a las *dilaciones indebidas* que se les imputan. El traslado de parte de estos menesteres a la *comunidad universal de juristas libres* constituye un adelanto insinuado por la recta razón y el buen sentido. Conviene estar a la modernidad de los equivalentes jurisdiccionales que, cuales la mediación y el arbitraje animados por la justicia material, resaltan las funciones sociales de un *cuervo de juristas* que a su recia formación originaria suman vigiliadas de formación y perfeccionamiento continuados, y de acopio de las referencias en que apoyar sus decisiones.

Cuando la mediación concierne al ejercicio de libertades eminentes, sus experiencias no se contraen al don exiguo de una *paz desangelada e inerte*, como la que sigue al enmudecimiento de las armas o al hueco que la guerra deja cuando pasa. La mediación restituye a los dominios del Derecho Privado –en que se contabilizan sus virtudes– el *espíritu de prosperidad moral y de conquista*, pues, atenuando lo irreductible de los radicalismos conflictivos, se olvida de los antecedentes obsoletos y se familiariza con los objetivos del cambio en el seno de la sociedad globalizada. Frente a la tozudez del marxismo caduco, los acontecimientos de este signo no se ciñen a *términos de clase* y reviven en todas las escenificaciones históricas del *poder* –dependiente de la voluntad del más fuerte– y de la *autoridad*, que no es una fuerza incontrolada y sí el derecho de mandar según razón.

La mediación no sirve en exclusiva al *hipermoralismo* y también se hace cargo de otros intereses más prosaicos. Son éstos los que –ajenos a la causa de la justicia material– se hermanan con las *culturas del economicismo* o la *modernidad de situaciones* insensibles a los clamores solidarios, a la abnegación caritativa y a la generosidad irrestricta. No puede privarse a los ámbitos economicistas de las expectativas contraídas por cuantos, invocando unas normas jurídicas cuyas cotas de moralidad se han rebajado, conservan la *apetencia de proporciones medias* por gozar de los bienes sensibles de la vida. La mediación abarca espacios de conformidad o *cohesión social*, en los que la inquietud transformadora comparte la movilidad de las ofertas concurrentes. La grandeza de las funciones de la mediación desbarata la tesis de la *condición*

indeseable de la paz, cuya perpetuidad frustraría, según la predicción de sus mentores, la espontaneidad de las libertades, frenaría su velocidad de crecimiento, enervaría la creatividad de sus agentes y burlaría a los desheredados que, sin perjuicio de sus adversidades, *siguen creyendo en la esperanza del triunfo revolucionario*. No faltan testimonios recientes de este entusiasmo incombustible que se denomina *indignación*.

La mediación se somete a los reajustes de una *mundialización* condicionada por varios factores. El primero es la *secuencia de sucesos políticos* que, contra las cavilaciones más atormentadas, producen cambios en que el espíritu de consternación tiene la última palabra. Otro implica la proliferación de las dudas sobre la *veracidad de las noticias* relativas a sucesos históricos cuya versión depende de cómo y cuando los informadores adulteran sus mensajes o los convierten en armas arrojadas al servicio de los mayores males. Juega, en fin, la *dispersión de las corporaciones internacionales* que, junto a las formas de agrupación ya conocidas, exhiben sus caracteres novedosos. Sin olvidar las *tentativas éticas de transformación* que –a cargo de los poderes públicos– alientan las *revoluciones venidas de lo alto* y desenredan los embrollos del neoliberalismo salvaje. Ni pueden omitirse los modelos de *revolución emocional* que el dinamismo de las redes sociales regenera y transmite sin interrupción.

El *arbitraje* ejercido por la *comunidad universal de juristas libres* planifica las tentativas de hacer del Derecho un *elocuente testimonio de lo que la justicia material aspira a ser*. La justicia no alcanza a todos los reductos de que el Derecho toma posesión, pero, frente a tal evidencia, nadie discute el inatismo del derecho subjetivo al mínimo de *seguridad jurídica* que –mediante un discurso inteligible y sugestivo– procuran los laudos arbitrales a sus destinatarios. El *derecho a la protección arbitral efectiva* forma parte del núcleo invulnerable de un Derecho de Gentes de la modernidad que absorbe las categorías del *Derecho justo de nueva factura*. Permite obtener de un órgano unipersonal o colegiado, en el seno de la *comunidad universal de juristas libres*, decisiones arregladas al *principio ontológico de no contradicción*, obstante a que *una cosa pueda ser y dejar de ser al mismo tiempo*. Nadie discute la existencia y el poder de convicción de un raciocinio atento a los principios de equidad que esbozan las líneas de fuerza de la justicia material. La impregnación equitativa colma el marco común a los *espacios de identidad evolutiva* que postulan un Derecho general y adecuado a los inexpugnables trazos de su fisonomía.

Quienes componen y/o acceden a la *comunidad universal de juristas libres*, iluminan el rostro de la equidad que calma las fricciones latentes en la espesura de la sociedad globalizada. El espectro de los arbitrajes de equidad comprende interrogantes que no se han escrutado a fondo, aunque pasen –luego de haberse escrito– las páginas en blanco cuya lectura ayuda a las vigiliadas de la interpretación. Los arbitrajes de equidad rescatan el prestigio de un *orden natural* que, para concretar la justicia del caso, lleva a profundizar

en los signos de los tiempos y a descifrar detenidamente sus aleccionamientos.

El retorno a la sensibilidad equitativa se explica porque los Derechos –justos, a su manera, e imperantes en los *espacios, antiguos y/o más o menos recientes, de identidad evolutiva*– combinaban los residuos del ayer idealista y los ulteriores episodios de su prosperidad o decadencia. Llamando a la equidad restauradora del Derecho justo, un estamento aguerrido de profesionales oye a cuantos denuncian los atropellos de los modos amables de vivir de la persona humana. El cuanto de justicia material que subyace a la recepción de la equidad, obliga a estimar su magnitud y compromete a la *comunidad universal de juristas libres* que aplica sus orientaciones, garantiza su efectividad y aprovecha sus precedentes vigorizadores. Su depósito aloja las reglas fundadas en la *recta razón* de rumbo conocido y en la *sustancia de la justicia material* del Derecho llamado a difundirse. La sagacidad de sus pronósticos convence de que esas preferencias ponderan con acierto las vicisitudes del tiempo y del lugar que determinan las particularidades del conflicto.

Se ha debatido la aptitud que, para incorporarse a la *comunidad universal de juristas libres* y cooperar a la difusión extrajudicial del Derecho justo, poseen quienes, por imperio de la legalidad vigente y el transcurso del tiempo, dejan de ejercer las funciones jurisdiccionales que han absorbido su dedicación. Se objeta que la *torpeza culta del modelo de juez continental* confisca los hábitos de flexibilidad precisos para conducirse al respecto con familiaridad y desenfado. No se repara en que, gracias a sus pasadas experiencias, casi todos ganaron la *sensibilidad equitativa* nacida de una elogiabile actitud de rebeldía. Eludieron, en muchas ocasiones, la interdicción de acudir a la equidad que salvaba la mala conciencia de acatar ciegamente la letra de unas leyes huérfanas de la dosis de justicia material echada en falta.

5. Perspectivas del mundo global inmerso en el afán de difundir extrajudicialmente el Derecho justo que la comunidad universal de juristas libres tiene a bien reconstituir y propagar

La clave de la prosperidad humana enlaza los contactos fecundos con el convencimiento de que a nadie puede despojarse de lo que en justicia se le debe. La comunicación se distribuye en parcelas o *espacios notables* que comprenden el *cuerpo y el alma de las zonas del universo* habitado por comunidades expertas en preservar una relación civilizada. El Derecho de la vastedad de esos espacios –que, a efectos de una reconstrucción terminológica, son *civilizaciones coexistentes* y pacificadoras de los eventuales desencuentros– restaura una voluntad de vivir alimentada de perspectivas optimistas y consecuencias selectivas. Mientras se transita de un panorama de luces y de sombras al de una *razonabilidad sensata y diligente*, el Derecho justo mejora en cantidad y calidad, porque los moradores de aquellos espacios se complacen en su advenimiento y acogen devotamente su presencia. No cabe adoptar

formas de comportamiento más lúcidas que las que entonces procuran a la opinión pública la información veraz que cumple una de sus funciones sociales. El proceso –vislumbrado, desenvuelto y rematado a gran escala– se asemeja al *experimento de laboratorio* que eleva la tosquedad de las normas consuetudinarias a los niveles técnicojurídicos de su perfección legislativa.

Los problemas de envidia surgen cuando la fenomenología de los espacios auxiliados por el Derecho de Gentes apunta *crisis interlocutorias* que – pese a las apariencias de bondad a medio o largo plazo– desazonan, y mucho, de momento. Se agrietan las condiciones históricojurídicas que aseguraban un *máximo común de justicia y aptitud pacificadora*. Las personas y los grupos inmersos en cada *espacio de identidad evolutiva* aceptaban que la tutela de sus intereses dependiese de una estructura normativa que, según el Derecho preconstituido, profesaba la tesis de la *plenitud del ordenamiento jurídico*. Habitados a trabajar con *red de salvamento*, los juristas de formación tradicional –¿cautelosos o atemorizados?– recelaban de unos augurios que, aunque preconizaban los cambios, silenciaban los pormenores de su fisonomía. Los gestores de cada *espacio de identidad evolutiva* promueven los modos tendentes a que la justicia material *ocupe lugar* en el conglomerado de las relaciones humanas. Los fundamentos axiológicos del Derecho justo vivifican conductas civiles, presumiblemente equilibradas, avaladas por el saber empírico y provistas de una trayectoria que los cuerpos –organizados o espontáneos– de juristas tecnifican, una vez divisadas en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica. El rótulo de *espacio de identidad evolutiva* enseña que, gracias al devenir de sus realidades cognoscibles, se informa verazmente de los cambios habidos en su interioridad.

La difusión del Derecho justo airea los principios informadores afianzados en los *espacios de identidad evolutiva*. No sólo a causa de la curiosidad erudita y/o la tentación académica de desvelar sus alicientes, sino también de la tarea de de alienarse en las paradojas de la modernidad. Las prospecciones idealistas y realistas –depuradoras del Derecho Natural de condición judeocristiana– rebosan vitalidad y espíritu didáctico. Las particularidades de su busca no pueden transferirse a unos *espacios de identidad evolutiva* cuyas artes de averiguación requieren una metodología que, a tenor de sus rasgos autóctonos, no sea copia o calco de modelos generalizados. La reflexión conviene a los *espacios de identidad evolutiva* emergentes o apenas divisados, incoados tiempo atrás, rudimentarios, maduros, harto adelantados y/o distinguidos por lo borrascoso de su historia. Los postulados del Derecho justo despegan de estas plataformas para aterrizar en reductos distintos y distantes, donde, sofocadas las voces del pensamiento débil, se accede a los dominios de una razonabilidad prometedora y persuasiva.

Hay que acondicionar el espacio común cuyo aderezo –aunque sea sólo para reiterar que *lo mejor sigue siendo enemigo de lo bueno*– incumbe a la *comunidad universal de juristas libres* que moralizan los hechos y los dichos de la sociedad globalizada. La lógica de esta universalidad reposa en una *tra-*

dición antecedente y una *modernidad consecuente* que, al precio de su fascinación, no se libran de malentendidos.

La tarea de difusión ordena los valores y principios al servicio del crecimiento –cuantitativo y cualitativo– del Derecho justo que se innova. Su conservación es inseparable del rodaje de las realidades sociales. Rehuyendo una síntesis de simplificaciones arriesgadas y/o anacrónicas, se arranca de intuiciones pletóricas de autoridad moral e intelectual. Su fortalecimiento depende de la confianza que, a la larga, confirma que *el Derecho justo universal se encuentra en buenas manos*, pues, luego de una inclemente travesía, ha llegado a puerto la *nave de gran tonelaje* que transporta los materiales de un bien común garante de la coexistencia en paridad, de la supresión de las taras depresivas y/o discriminatorias, de la extensión de la justicia material y del goce de sus efectos saludables. El Derecho justo se apega a las orientaciones formuladas para consolidar el bien común. Unas pautas que –hasta donde no lo cercene la guadaña de sus *ángeles exterminadores*– se han de observar con la receptividad y diligencia propias de sus aspiraciones de progreso.

La difusión incluye la *serie de medidas* que los valores y principios del *Derecho de Gentes de la modernidad* organizan conforme a los dictados de la justicia material y los mensajes de su espíritu móvil. Han perdido terreno los modos de operar que, eludiendo las *consideraciones extrajurídicas* aconsejables, dejaban sin resolver problemas que, ante una intransigencia de método, se estancaban en los atolladeros de turno. Se orillaban los cuidados primordiales de la familia humana y no se urgía la desaparición de las miserias que aguardaban su definitivo exterminio. El Derecho justo no se dice *inventado* como una *conquista acalorada de la imaginación* y sí como un *producto del pensamiento noble* que, para divulgar sus fundamentos innatos, auna los esfuerzos de aproximación y de síntesis. La racionalización de los ingredientes del Derecho justo y sus proteicos resultados, son sedimentos del pasado que el presente utiliza para reverdecer cuestiones capitales y el futuro incorpora en aras de la modernidad.

Las perversiones de la sociedad globalizada vulneran el orden jurídico que emplaza la justicia material en cabeza de su repertorio de valores. Los escenarios neoliberalizadores –erigidos por los expertos de la globalización, colonizados por el economicismo atolondrado y hostiles a los controles de la Moral y el Derecho– ciegan los cauces de circulación de las corrientes de la *ideología de lo justo*. La globalización necesita de la cirugía que la *comunidad universal de juristas libres* ha de aplicar en pro de la difusión extrajudicial del Derecho justo. Arrastra un concepto –jurídica, social y económicamente indeterminado– que, según la honestidad y cultura de sus definidores, obliga a denunciar –*indignándose*, como hoy está de moda repetir– la desmemoria y los sofismas que maliciosamente enturbian su conocimiento.

Mundializador es cada momento del estado de cosas que, pese a sus contradictorias apariencias, acusa el flujo de las tendencias expansivas. Ello, a

reserva de una transformación desprovista de reglas, que aminoren las probabilidades de errar y atestada de acontecimientos que, al terminar la crisis, arrojan saldos desalentadores u optimistas. No se entiende cómo el *mundo achicado* de hoy día oculta demasiados enigmas e impide esclarecerlos con los recursos de la lógica, el buen sentido y la interacción de sus enriquecedoras experiencias. La *comunidad universal de juristas libres* denuncia las variaciones esperpénticas y propone los remedios que la explotación de las verdades del Derecho justo facilita para examinar a fondo los procesos de cambio, interpretar las realidades subyacentes y extirpar sus irregularidades.

De abundantes estorbos se resiente la lucha que, contra las expresiones inhumanas de la globalización, ha de emprender la *comunidad universal de juristas libres* que enarbolan la bandera del Derecho justo. Se advierte una *zanja de separación* entre moralistas y juristas que se resisten numantamente a coincidir en las zonas de convergencia imprescindibles para el éxito de la causa común. Las experiencias correctoras de la globalización abusiva chocan con la enemiga de quienes –asistidos de poderosos valedores– acusan sus desmanes, y con la dificultad de cohonestar el pensamiento y las acciones de cuantos les condenan. No todas las comunidades infectadas por el virus globalizador cuentan con instrumentos suficientes para neutralizarle y restaurar la seducción de los que fueron *asentamientos victoriosos* y hoy llevan el nombre de *paraísos perdidos*.

6. Variedad de problemas que suscitan los esfuerzos de la *difusión extrajudicial del Derecho justo* cuya recepción se considera imprescindible y apremiante

La aproximación de los *espacios de identidad evolutiva* y la disminución de sus interferencias cooperan a que el Derecho justo reunifique los valores, principios, normas y demás elementos que requieren las operaciones de ese fuste. Ello evoca el concepto del *choque de civilizaciones* y la conveniencia de paliar las conclusiones radicales que se desprenden de su análisis. El cultivo rancio de la noción de *espacio de identidad evolutiva* exagera los fanatismos particularistas y vulnera las aproximaciones amistosas. ¿Se imagina un *Derecho justo de base moralizadora* que, simulando buenas soluciones, respalde las menos censurables de cuantas carecen de bondad? La perfección del Derecho de Gentes requiere que cada *espacio de identidad evolutiva* no sólo salve la singularidad de su semblante, sino también que sepa digerir las actitudes, el sentido de las instituciones y los modos de vivir compartidos con el resto de los espacios concurrentes.

La *difusión* comprende los *actos de aplicación* del futuro Derecho de Gentes y sus eventuales desarrollos. La *comunidad universal de juristas libres* ha de medir juiciosamente –los ojos muy abiertos– los pasos que, al recorrer esos caminos, está dando. La difusión no se agota presentando a las opiniones públicas de los *espacios de identidad evolutiva* un panorama en el que

resplandecen los valores y principios básicos –inherentes a la fisonomía moral de la sociedad globalizada– y se canoniza la esplendidez de sus ofertas. La recepción del Derecho Universal cobra sentido si, amén de ratificar su calidad, dulcifica las amarguras conflictivas cuya pacificación depende de la efectividad de la justicia material y no de sucedáneos que la desacreditan. Los actos de aplicación persuaden a la opinión pública de que, sin incomodidades obstructivas, sus destinatarios pueden gozar de una tutela accesible y solvente, aunque la excelencia no acompañe siempre al estreno de un Derecho novísimo que vela sus primeras armas. Sin adhesiones ni resonancias espectaculares, algún sistema constitucional ha innovado los *controles morales de la legalidad fundamental* –veanse los arts. 1.1 y 9.2 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1.978)– y apuntado que, a impulsos de la devoción axiológica de sus aplicadores, el Derecho supere los mínimos éticos que delimitaban su concepto.

La expansión de ese Derecho Universal se advierte en la lista de los principios que le informan y se subordina a su aptitud para coartar las vejaciones neoliberales y las complicidades que les acompañan. Su aplicación es aceptable si, en vez de patrocinar la menos buena, garantiza la *menos censurable de las malas opciones* que cabe adoptar en su caso.

La difusión extrajudicial del Derecho justo subyace a los *actos de creación, evolución y delimitación fisonómica* que agrandan el espectro del Derecho de Gentes. De ahí, sus múltiples manifestaciones. Así emergen las cuestiones especulativas de la repetición de experimentos que –inicialmente módicos– acaban complicándose a causa de sus correlaciones e injerencias. Arrecia la urgencia de sortear los escollos que, una vez divisados, han de eludirse para apadrinar las causas justas que, de lo contrario, se empobrecen o arruinan. Cuestiones que ni de lejos se atisbaban, irrumpen con una contundencia que disuade de seguir adelante o anula los bríos del entendimiento que se creía holgadamente preparado para hacerles frente. La difusión del Derecho justo disipa las dudas pendientes o de nueva factura, convoca al ejercicio del espíritu crítico y demuestra el crédito de las reflexiones importadas por la novedad de los problemas capitales y la responsabilidad de su asunción.

La naturaleza extrajudicial de la difusión del Derecho justo explica que la *justicia totalizada y material* se traduzca en las acciones y omisiones que prueban el provecho de su toma en consideración. Hay movimientos tenues, omisiones fugaces y exhortaciones de pasada que hacen dudar de su irrelevancia o trascendencia. ¿Cómo actuaría la conciencia de la sociedad globalizada si las pesquisas de la tecnología contabilizasen, con estremecedora exactitud, las acciones esperadas y exigidas a los protagonistas que, por haberlas omitido, resultarían responsables? Algo, a menor escala, se predica de la factura del Derecho y de sus indigencias. Esos movimientos, omisiones y exhortaciones son *animaciones atípicas de apoyo* al imperio del Derecho. Unos y/u otros producen –sin constar, las más de las veces, el *alfa* y el *omega* de sus divagaciones– efectos jurídicos de aprehensión harto difícil o imposi-

ble. A los desvelos de una indagación laboriosa y pausada se suman aquellas referencias que brotan de datos etéreos, de evidencias parciales, de sucesos inimaginables y de conjeturas verosímiles. Las instancias que atribuyen efectividad al Derecho objetivo comparten su tarea con otros agentes –heterogéneos, anónimos y casi imperceptibles– que colman los vacíos de un ordenamiento jurídico cuyas expresiones *siempre fluyen* y ocupan lugar.

La dignidad del Derecho justo progresa en virtud del talante pluralista –revelador de la apertura del entendimiento a la verdad, de la coincidencia en lo común y de la discrepancia inteligente– y la disponibilidad de la *comunidad universal de juristas libres*. De ahí, la sensibilidad de sus componentes y la cordura de los presagios estructuralistas que, renunciando a concebir el Derecho como un *producto a secas del normativismo*, le han descubierto en cuantos episodios y/o conductas ayudan a expulsar la injusticia de los reductos en que se encastilla. No sólo son las actuaciones políticas y/o legislativas las que preceden a la *puesta en la ciudad* de la justicia material. La justicia –en cualquiera de las acepciones que admite la relativa indeterminación de su concepto– designa el forcejeo que, para distender las colisiones entre opresores y oprimidos, moviliza la audacia de los hombres libres que, denunciando los males del Derecho injusto, pregonan el firme propósito de acabar con ellos. Prestos a oxigenar los esfuerzos de liberación, defienden y/o rescatan las esencias de la *dignidad individual y colectiva*, esto es, de la *cosmominencia* o superioridad de la persona humana sobre el resto de los seres dispersos por el mundo.

7. Sucesión de la idea de tradición por la acogida de los ingredientes de la modernidad de las acciones dirigidas a la difusión extrajudicial del Derecho justo

La doctrina del *retorno incesante del Derecho justo* se asociaba al crédito de una tradición que le consideraba el mejor de los Derechos pensables y posibles. Un orden sometido al control de las *directrices confesionales* –como las del discurso aristotélicotomista– o de las *proposiciones seculares* que aceptaban la suficiencia de la razón humana para conocer y propagar, sin asistencias sobrenaturales, los valores y bienes yacentes en sus pasajes más recónditos. Un orden que recobraba su vigencia básica –*harás el bien y evitarás el mal*– y actualizaba los principios adecuados a las personas, el tiempo y el lugar de la aplicación de sus normas. La *osadía de la modernidad* supera la *evolución no rupturista* que, aunque flexibiliza los inmovilismos de grueso calibre, no siempre añade ciertas enmiendas sustanciales.

La modernidad de las soluciones debidas a la *comunidad universal de juristas libres* en la era de la globalización, deriva de apostar por la calidad de un *conocimiento racionalizado y secular*. Se subraya que el Derecho justo no logra sus fines si no descansa en un *desarrollo económico* que, para intensificar unas formas de civilización humanas y homogéneas, observe los princi-

prios coaceptados por los *espacios de identidad evolutiva* y preserve la singularidad de sus imágenes. Sin dilaciones arbitrarias ni apresuramientos triunfalistas, la *comunidad universal de juristas libres* ha de implementar su cooperación al bien común en términos que, además de estar a las admoniciones de la recta razón, admitan las *discrecionales diversiones* que provienen del ejercicio de la imaginación comprometida, de la receptividad que provocan sus ofrecimientos y del fervor con que se llevan a la práctica.

Las propuestas sociales del Derecho justo se distribuyen en dos ambientaciones. Desde el punto de vista de la *dependencia*, los espacios que aportan al mecanismo de la división internacional del trabajo bienes de producción y energía personal de bajo coste, difieren de los que incluyen los elementos tecnológicos, la manufactura, la educación y la riqueza. Desde una perspectiva de *autenticidad*, que llame a las cosas por su nombre, los *espacios de identidad evolutiva* coordinan los valores nobles de la tradición y las mudanzas de la tecnología. La conciencia de la modernidad y su influjo en un Derecho de Gentes que se precia de ser Derecho justo, no condescienden con las ambigüedades del consenso ni comulgan con las tesis proscritas por el saber de los especialistas. Tienen que aquilatar los componentes de corte emocional y respetar la racionalidad que conviene a su naturaleza.

La era de la globalización pertenece a una *esfera de modernidad* donde las conquistas nominadas del Derecho justo –objeto de recreación ensimismada y galopante– son más elocuentes que las realidades sociales acogidas en las *imágenes rectoras* de las normas que van renovándose. La *comunidad universal de juristas libres* –en vanguardia de la sociedad avanzada de la globalización– analiza las condiciones de los aprendizajes dignos de una solicitud inaplazable. Conciernen éstos a la notabilidad de los fenómenos que cuestionan las aptitudes de conocer y de pensar, a la aceleración de las mudanzas favorables o adversas a su advenimiento, a las interferencias y correlaciones de unos y otros, a las vacilaciones que su aparición ocasiona y a las metamorfosis de los procesos sociales en cuyo seno se registran. Los espacios físicos –donde dichas aspiraciones se dan cita– son parte de una *realidad multilineal*. Las repercusiones en el *empequeñecimiento del mundo* dependen de cómo se satisfagan las cargas que, según las circunstancias del tiempo y del lugar, agravan o aligeran el peso de las emulaciones pendientes de un equilibrio equitativo y sosegado. Merced a sus recursos de asombro y diligencia para *justificar el Derecho objetivo*, la *comunidad universal de juristas libres* debe adoptar actitudes elásticas que –sin ceder en lo fundamental– suavicen las asperezas de ciertos compromisos. ¿Misión imposible? A decir verdad, *ni su yugo es suave ni su carga es ligera*.

La modernidad de la sociedad globalizada obliga a utilizar medios idóneos para ocuparse de las situaciones que –ante la fronda de las relaciones entre sujetos distintos y distantes– surgen en zonas del planeta donde la lógica de las más esmeradas previsiones se expone a fracasar. Los *espacios de identidad evolutiva* no se delimitan pulcramente si no se escudriñan –reparando en los

retazos sobresalientes de su historia— sus pasadas incidencias y sus transformaciones en vigor. El devenir de la sociedad globalizada acepta el inventario de los procesos conocidos y no suma otros nuevos a su repertorio, sin que ello libre de conocer a fondo y criticar la originalidad de sus manifestaciones más recientes. Los fenómenos usuales —económicos, políticos, sociales o de otro carácter— no se perciben hoy con el automatismo y transparencia que, sin riesgo de errar, se apreciaban ayer en cualesquiera puntos de la Tierra. La densidad informativa y la exageración publicitaria han hecho de ellos problemas atestados de interrogantes sorprendentes y/o prejuicios complejos, entendidos con más superficialidad que la admitida por las interdicciones de la arbitrariedad o la continencia de la imaginación. Pese a retener sus perfiles de origen, la frecuencia y velocidad de esas reparaciones confirman la impresión de que un cambio de naturaleza está a la vista. La *comunidad universal de juristas libres* afronta la agilidad de unas mudanzas que, lejos de ser coyunturales, tienen lo suyo de espíritu móvil. Su rapidez estorba la holgura imprescindible para que el *atrevimiento de pensar* asimile sus motivaciones con el sosiego necesario.

El oficio de la *comunidad universal de juristas libres* aumenta las funciones típicas y tópicas de sus estamentos profesionales. Atañe a procesos que, conocidos de antiguo, denotan una enloquecida proliferación y una conexión inexplicable sin las aclaraciones de la tecnología y las contribuciones de otras disciplinas. ¿Cómo atacar los males de un universo afligido por la cosificación de los seres humanos y el olvido de que las diferencias culturales no autorizan a convertir sus energías en medios homogéneos de producción y de consumo? La *comunidad universal de juristas libres* debe contar, pesar y medir las incursiones en un ámbito de modernidad que, a cambio de su hechizo, impide captar las realidades fugitivas —que se van de las manos— y otear, sin deslices de bulto, las alternativas de futuro. Hay que inventar una *metodología de la rebelión* contra las devastaciones de que informa la noticia veraz de los anecdotarios tecnológicos.

La *comunidad universal de juristas libres* ha de respetar el *orden público* o bloque de Derecho necesario que aglutina los valores, principios y preceptos del Derecho justo coaceptado y aplicable. Ante la calidad de los remedios extrajudiciales y la flexibilidad de los ejercicios interpretativos, el panorama de la modernidad —adherida a las bases de la justicia material— cuenta también con el auxilio de un Derecho indisponible contenido en principios o en textos.

8. Panorama del Derecho justo cuya difusión preferible y extrajudicial comprende las operaciones de *hallazgo* y *desarrollo* que ha de acometer la *comunidad universal de juristas libres*

La *comunidad universal de juristas libres* dignifica las elecciones realizadas y los aspectos de su traslación a los *espacios de identidad evolutiva* en

que su persuasiva aplicación da fe de su eficacia. Imprime las líneas de fuerza del depósito del Derecho justo que excita la inquietud transformadora. Su difusión extrajudicial rehabilita una concepción del bien común arreglado a los cánones del *espíritu móvil* y a los envites de la modernidad. Constreñido, todo ello, por una admonición que, sirviendo didácticamente a la verdad, transmite el siguiente mensaje. Aunque un militante de la *comunidad universal de juristas libres* respete lo que, a su leal saber y entender, exige la justicia en las controversias enjuiciadas, *debe rehuir la tentación de razonar con altivez intelectual*. Cabe que, aun resolviendo de modo impecable, sus razones de decidir o sus afirmaciones de pasada encierren juicios lógicamente empobrecidos, muestras de voluntarismo censurable, peticiones de principio inviables y sofismas disfrazados de verdad filosófica. Este reparo diferencia el automatismo de las normas del *mundo del ser* –receptor de unas verdades comprobables, únicas y excluyentes de sus competidoras– de la ductilidad con que las reguladoras del *mundo del espíritu* invitan a indagar la probabilidad de otras alternativas.

La dificultad de *comprender lo que se entiende por justicia* explica el vuelco de las prospecciones iniciales en los puntos emocionales e intuitivos del conocimiento, mientras que los problemas enjundiosos surgen cuando la idea ha de vaciarse en el molde de los juicios que la especifican. El modo de ejercitarse la razón fomenta una *idea de lo justo* que, a partir de una contemplación clarividente, se completa con los apoyos de la sicología y la espontaneidad de las respuestas obtenidas. La configuración confesional del Derecho Natural sintetizaba las vivencias –que, por inclinación, accedían al depósito de las verdades justas– y el esmero del entendimiento que, a impulsos de la curiosidad modernizante, cuidaba de su revisión y puesta al día. Al criterio de cuantos opinan que *lo justo vale tanto como lo equitativo*, se opone que la equiparación no es pacífica, porque el léxico jurídico de bastantes idiomas del mundo civilizado carece de una terminología –unificadora y exhaustiva– que ratifique dicha equivalencia. La naturaleza de la sociedad globalizada y el crecimiento de los *espacios de identidad evolutiva* obligan a tentativas de iluminación en las que ideas capitales –como la de *justicia*– sufren las confusiones y reveses inherentes a las nociones de contenido variable. La justicia material agrega orientaciones generales que ingresan en los *espacios de identidad evolutiva*. Ambitos que –conservando sus peculiaridades fisonómicas– retienen las porciones de emocionalidad bastantes para compaginar el *sentimiento innato de lo justo* con el *asentimiento intelectual* a su evidencia.

9. Principios informadores del depósito del Derecho justo, cuya difusión y reparto, fruto de la creatividad de la *comunidad universal de juristas libres*, acusan la impronta de la modernidad

He aquí algunos principios que, para colmar el depósito del Derecho justo, sugieren un futuro respaldado por las reflexiones relativas a la justicia material.

1. El flujo ascendente de la existencia humana es inviolable y depende de las preferencias de las personas y los grupos sociales que, tras elegir sus respectivos rumbos, los recorren conforme a una pasión por la verdad que ejercen comprometida y saludablemente.
2. Los mensajes de la libertad personal se dispersan en todas direcciones, superan los obstáculos opuestos por sus adversarios y restauran la justicia material en los *espacios de identidad evolutiva* que la defienden de las amenazas contra la bondad de sus adquisiciones.
3. La libertad nace de la verdad que obliga a difundir extrajudicialmente lo que hay de inamovible en el depósito del Derecho justo y de atractivo en la invitación a explotar los yacimientos descubiertos por el espíritu de la modernidad.
4. La efectividad eleva a la segunda potencia la eficacia de la difusión extrajudicial del Derecho justo y depende del vigor con que la libertad individual y/o colectiva defiende los intereses que componen su acervo.
5. La libertad es absoluta cuando, sin sucumbir al espejismo de los remedios insatisfactorios, restaura los intereses de los desposeídos de bienes y derechos que jamás debieron haberles sido arrebatados.
6. Las variantes del ejercicio de las libertades han de comunicarse a la opinión pública que baraja las probabilidades de sobrevivir, sin merma de la dignidad individual, en cada *espacio de identidad evolutiva*.
7. La libertad, que incentiva el afán de *atreverse a pensar*, y la venturosa elección de las iniciativas emprendidas en su nombre, impulsan el progreso con que el espíritu del pueblo fortifica el poder de decisión de la persona individual.
8. La libertad propugna la devolución del poder a las generaciones actuales que *están en pie de guerra* y ensayan soluciones imaginativas, sin hipotecar los compromisos de vanguardia de las generaciones venideras.
9. La libertad requiere regular los modos de existir que el bien común de la modernidad alcanza en los *espacios de identidad evolutiva* donde el Derecho justo tiende a difundirse.
10. La entereza de los hallazgos axiológicos decae cuando el diagnóstico de las realidades sociales yerra sustancialmente o sus desdibujados perfiles impiden digerir los valores y los principios del espíritu de cambio.

Las formulaciones generales –relativas a los principios del Derecho justo– reflejan el hartazgo de los sectores de la sociedad que no recatan por más tiempo sus *reacciones de indignación y repugnancia*. Actitud debida, en buena parte, a los desaciertos que acumulan los responsables de la cosa pública y especialmente los gestores del decisionismo económico. Sus desaires a la magnitud de la indignación colectiva les impide prever la ruptura que se producirá tras haber sido muchas las *idas y venidas del cántaro a la fuente*.

10. Conclusiones que es dable formular tras las reflexiones que se han venido haciendo

El Derecho justo temple las disfunciones de una sociedad en que coexisten los *fenómenos asistemáticos de la Economía* y las *aspiraciones humanas de igualdad*. La densidad conflictiva testimonia el *achicamiento del mundo* que mengua de tamaño a causa de los avances tecnológicos y las tendencias codiciosas de la globalización. La corrección de sus espasmos reclama un *Derecho de nueva factura*—hurtado a los marcos jurisdiccionales del Estado de Derecho y de otras organizaciones oficiales— y una eliminación de los anacronismos que todavía permanecen. La *desjudicialización* de estas cuestiones justifica la variante de ejercicio profesional a cargo de la *comunidad universal de juristas libres*, cuyas iniciativas se concatenan con otros modos de composición de conflictos que también apelan a la *corriente continua* o al *flujo incesante del Derecho justo*.

La *comunidad universal de juristas libres* invade las latitudes del *cielo moral* donde los contenidos esenciales del Derecho justo se acomodan. Sus propuestas oscilan entre los límites tolerados por el sentimiento de equidad y las restricciones contingentes del mundo circundante. El Derecho justo propende a consolidar los objetivos de la *hechura del bien* y la *evitación del mal*. Proscribiendo las treguas timoratas y los pretextos de prudencia, moderniza la acción de una justicia que, a través de sus contenidos variables, sane las infecciones apreciadas en cada *espacio de identidad evolutiva*.

Los más atinados criterios sostienen que la galopante *desigualdad económica entre países y personas* es el mayor de los peligros que acechan a las tentativas pacificadoras del *mundo achicado* que el Derecho justo pretende mejorar. Este imperativo incita a la *comunidad universal de juristas libres* a combatir las degradaciones sustanciales de los *espacios de identidad evolutiva* y atajar las oportunidades evasivas de que sus habitantes se valen para eludir los controles impuestos y alardear del desdén que el Derecho justo les merece. Los desmanes de la globalización aumentarán si el regeneracionismo de la *comunidad universal de juristas libres* no es fiel a las pautas de un Derecho de Gentes, que ahuyente esas conminaciones, y si los *espacios de identidad evolutiva* no corrigen la precariedad de un Derecho pedagógicamente incapaz de enmendar los desmanes que inflaman los estados de desesperación. Todo lo contrario de la *indignación* que enumera los atropellos descubiertos y defiende verdades que no se desdicen lo más mínimo de la entereza de sus objetivos.

La difusión extrajudicial del Derecho justo por la *comunidad universal de juristas libres* condena esa ceremonia de la confusión y salvaguarda la libertad de todos, siempre que prevalezca la voluntad resuelta y no tan sólo el pío deseo de que las cosas sean así. Las conciencias vigilantes no olvidan que hay una *operación de salvamento* emprendida contra las mortificaciones de un mundo agobiado por las violaciones del derecho que a ser felices tienen sus mujeres y sus hombres. Aunque persistan los motivos para resignarse a vivir

y morir sin esperanza, ese mundo conserva –gracias al apoyo de los valedores del Derecho justo– los arrestos bastantes para dar crédito a la transformación que tiene ante sus ojos.

La resistencia corresponde a las técnicas de la *revolución imperceptible y silenciosa*. ¿Acaso es preferible la *habilidad evolutiva* a la *impaciencia revolucionaria*? La resistencia, como germen de la difusión extrajudicial del Derecho justo, denuncia las formas o arbitrios que entorpecen esa difusión o convierten en injusto un Derecho que originariamente no lo era. Resistir es luchar, sin tregua, contra la propensión a soslayar o escarnecer el compromiso moral e intelectual. Es desenmascarar la moral de los males menores, muestra del pensamiento débil que circula en ciertos pagos de la modernidad y estimula las artimañas del embuste. Es no ceder al escándalo que produce la deserción de cuantos, antes de renunciar a resistir, se proclamaron invenciblemente libres.

Sucede así, porque el género humano reclama una *situación de vigilancia permanente* o *veneración de la paz justa* –propia del Derecho que lleva ese nombre– y, para mantenerla, atesora –aun en trances de desolación apocalíptica– una fuerza de solidaridad, amor y devoción más poderosa que el sufrimiento causado diariamente por sus desventuras. Confía en la alegría que inundará su alma, cuando una revolución gigantesca del espíritu –fruto de la justicia material promovida por sus audaces valedores– le predisponga a entusiasmarse con esta sugerencia: “*Si aciertas a encauzar tus emociones y a vivir de acuerdo con tus sueños, el universo entero conspirará contigo para que tus emociones se acrecienten y tus sueños se lleguen a cumplir*”.

Bibliografía de orientación

- ALVAREZ, I. *El futuro de la mediación preprocesal*. Madrid: Ed. LA LEY, 2007.
- ATKINSON, A. *The economics of inequality*. Oxford: Ed. CLARENDON PRESS, 1975.
- BEARDSLEY, S. *et al. Human relations in international affairs: A guide to significant interpretation and research*. Washington: Ed. PUBLIC AFFAIR PRESS, 1956.
- BOULDING, K. *Conflict and defence: A general theory*. Nueva York: Ed. HARPER, 1962.
- CAHN, E. *The sense of injustice*. Nueva York: Ed. NEW YORK UNIVERSITY PRESS, 1949.
- CAMUÑAS, I. *et al. España: El final de una época*. Madrid: Ed. FUNDACION ALFONSO MARTIN ESCUDERO, 2009.
- CANEDO, M.P., DE PALO, G., MOLINA, M.C. *et al. Mediation in civil and commercial disputes*. Madrid: Ed. UNIVERSIDAD PONTIFICIA “COMILLAS”, 2010.

- COLLINGWOOD, R.G. *The idea of History*. Londres: Ed. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1946.
- DAVID, R. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*. Padua: Ed. CEDAM, 1980.
- DELHAYE, P. *Permanence du droit naturel*. Lovaina: Ed. NAUWELAERTS, 1960.
- DONOVAN, M. "Judicial and arbitrational systems", *The New Enciclopedia Britannica*, vol. 22, pp. 480-491. Chicago: Ed. UNIVERSITY OF CHICAGO, 1989.
- GRAMSCI, A. *Para la reforma moral e intelectual*, trad. de TORRELL, J. Madrid: Ed. SANTUCCI, 1982.
- HAYEK, F.A. *Individualism and economic order*. Chicago: Ed. ROTLEDGE & KEGAN PAUL y UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 1948.
- HERNANDEZ GIL, A. *Metodología del Derecho*. Madrid: Ed. ANTONIO HERNANDEZ GIL, 3 vols., 1971-1976.
- HESSEL, S. *¡Indignaos!*, trad. de MORENO, T. y prólogo de SAMPEDRO, J.L. Barcelona: Ed. DESTINO, 2011.
- HOLLOWAY, M. *Handbook of human symbolic evolution*. Oxford: Ed. BLACKWELL, 1999.
- HUNTINGTON, S.P. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, trad. de GRASSET, L. Barcelona: Ed. PAIDOS, 1996.
- KUNG, H. y KUSCHEL, K.J. *Hacia una ética mundial*, trad. de GRASSET, L. Madrid: Ed. TROTTA, 1994.
- LURIA, A. *The nature of human conflicts*. Nueva York: Ed. LIVERIGHT, 1932.
- MARINA, J.A. y DE LA VALGOMA, M. *La lucha por la dignidad*. Barcelona: Ed. ANAGRAMA, 2000.
- MARITAIN, J. *Humanisme integral*. París: Ed. AUBIER MONTAIGNE, 1936.
- POPPER, K. *El mito del marco común*, trad. de GALMARINI, M.A. Barcelona: Ed. PAIDOS, 1997.
- RAWLS, J. *John Rawls collected papers*. Cambridge: Ed. HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1999.
- RODOTA, S. *La vida y las reglas: Entre el Derecho y el no Derecho*, trad. de PIÑAR, J.L. Madrid: Ed. TROTTA, 2010.
- SCANLON, T. *What we owe to each other*. Cambridge: Ed. HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1998.
- SEN, A. *La idea de la justicia*, trad. de VALENCIA, H. Madrid: Ed. TAURUS, 2010.
- TOYNBEE, A. *Estudio acerca de la historia*, comp. de SOMERVELL. D. C. y trad. de GRASSET, L. Barcelona: Ed. PAIDOS, 1996.
- VARGAS, R. *El poder moral de la razón*. Madrid: Ed. TAURUS, 1985.
- WEIL, S. *Echar raíces*, trad. de GONZALEZ, J.C. y CAPELLA, J.R. Madrid: Ed. TROTTA, 1996.
- ZORRILLA, M.M. "El Derecho Natural como técnica de racionalización", *Sociología para la convivencia*, pp. 153-178. Madrid: Ed. ZYX, 1966; "Modernidad y moralidad de la mundialización", *Estudios de Deusto*, vol.

50/2, pp. 181-196; “Del sometimiento al imperio de la ley, a la modernidad del arbitraje”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, pp. 185-211; “Eficacia y justicia del orden natural de la equidad”, *Estudios de Deusto*, vol. 57/2, pp. 255-302; “Servidumbre y grandeza de la mediación en el ámbito del Derecho Privado de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 58/2, pp. 299-319.

NOTAS

La necesaria puesta al día del régimen de la modificación de la obligación en el Código civil español

Moisés Barrio Andrés

Abogado. Letrado del Consejo de Estado
Profesor de Derecho en ICADE (Madrid)

Recibido: 15.04.2011

Aceptado: 10.10.2011

Resumen: Este artículo pretende ofrecer una perspectiva jurídico civil de los aspectos más relevantes de la modificación de las obligaciones en el Código civil español. Se analiza en primer término las dificultades conceptuales existentes para examinar seguidamente los distintos supuestos, con especial consideración de los aspectos problemáticos. Finalmente, se sugieren diversas líneas de reforma.

Palabras clave: Modificación de las obligaciones, novación, subrogación, cesión de créditos, asunción de deudas, expromisión, delegación.

Abstract: *This article aims to provide a civil legal perspective of the most important aspects of the modification of obligations in the Spanish Civil Code. First, conceptual difficulties are explained. Next, different aspects are examined, with special consideration of the problematic aspects. Finally, several lines of reform are pointed out.*

Key words: *modification of the obligations, novation, subrogation, assignment of credits, assumption of debt, expromision, delegation.*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LA NOVACIÓN. III. LA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR. 3.1 Subrogación. 3.2 Cesión de créditos. IV. LA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR CAMBIO DE DEUDOR. 4.1. Asunción de deuda. 4.2. Expromisión. 4.3 Delegación. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La obligación nace para ser cumplida, es decir, para extinguirse a través de su debido cumplimiento. Sin embargo, es posible que entre el nacimiento y la extinción de la obligación ésta sufra vicisitudes que impliquen ciertos cambios en la misma. Precisamente por ello la doctrina italiana¹ ha acuñado la idea de vicisitud (*vicenda*), que vincula, en sentido estricto, al cambio o

¹ Destacadamente BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. (Traducción de DE LOS MOZOS). Madrid, 1970, Tomo II, págs. 185 y ss. y RESCIGNO, Pietro. *Studi sull'accollo*. Milano, 1958, págs. 13 y ss.

modificación de la obligación y a los efectos jurídicos que dicha alteración produce.

Aparece así el concepto de modificación de la obligación que, como enseña BETTI², “designa una situación jurídica concerniente a los sujetos o al objeto, la cual sobreviene durante la vida de la relación jurídica, alterando la situación preexistente y señalando una nueva fase en el desenvolvimiento de la obligación” y que más sintéticamente conceptúa LACRUZ³ como “la alteración o cambio de alguno de los elementos estructurales o funcionales de la obligación que permita, empero, la subsistencia de la misma relación”.

De este modo, la elasticidad de una obligación se mide cuanto más modificación admite sin provocar la extinción de la misma. La mutación puede operarse por voluntad privada y también por ley (v. gr., subrogación legal o transmisión judicial de los créditos). Por eso se dice que la modificación es siempre un hecho objetivo⁴. Lo más habitual es que se determine por los propios sujetos de la obligación, pero también puede ser consecuencia de otros hechos o incluso de imposición legal como acabamos de notar. Como efecto supone la pervivencia de la misma obligación que se mantiene junto a la alteración producida.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO⁵, es posible agrupar los diversos tipos o formas de modificación obligacional en los siguientes grupos:

- 1) Modificación subjetiva, por cambio de alguno de los sujetos de la obligación y que se halla prevista en el 1.203, 2º y 3º CC. Incluye los supuestos de sustitución de alguno de los sujetos iniciales por otro diferente (cambio de acreedor o deudor), la agregación o supresión de sujetos y la alteración del régimen jurídico que regula las relaciones de los diferentes sujetos cuando éstos son múltiples o varios (mancomunidad, solidaridad).
- 2) Modificación objetiva, que es la que afecta al objeto de la obligación (art. 1.203, 1º CC). Puede operarse un cambio de la naturaleza de la obligación, sustituyendo la prestación por otra (v. gr. obligaciones facultativas), un aumento o reducción de la prestación o, en fin, la plena concreción de la prestación cuando ésta no estaba totalmente determinada (como sucede en las obligaciones alternativas).
- 3) Modificación circunstancial, que afecta a las determinaciones accesorias de la obligación o de su ejecución y que el art. 1.203, 1º CC deno-

² BETTI, op. cit., págs. 185-186.

³ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil. Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Barcelona, 1985, págs. 445 y ss.

⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil*, II, 1. Barcelona, 1980, pág. 333. PUIG FERRIOL, Luis y otros. *Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general de la persona*. Madrid, 1996, pág. 365.

⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*. Tomo II. Madrid, 2008, pág. 955.

- mina alteración de las “condiciones principales” de la obligación (v. gr. tiempo o lugar).
- 4) Modificación funcional, cuando el cambio altera la función económico-jurídica de la obligación tal y como fue configurada originariamente por las partes (a.e. se concede un permiso al depositario para usar de la cosa depositada, transformándose la obligación en comodato). Esta modalidad no está prevista directamente en el art. 1.203 CC pero, dado que el cambio de la causa implica necesariamente una alteración de la prestación, se puede reconducir al número 1º del art. 1.203 CC.
 - 5) Modificación del contenido de la obligación que incide en su régimen jurídico, mediante la supresión, agregación o alteración de las reglas que rigen los derechos y deberes de las partes, y también admitida en el número 1º del art. 1.203 CC.

El Código civil no contiene una regulación completa y ordenada de la modificación de las obligaciones, regulación que por otra parte acomete conjuntamente con la extinción de las mismas (arts. 1.156 y ss.). Además, del examen de los diversos tipos de variaciones se desprende que este fenómeno, como vicisitud accidental de aquélla, no se sitúa en un plano de igualdad respecto de la constitución o extinción de la obligación. Éstos últimos son momentos necesarios, mientras que la modificación es un accidente posible aunque no imprescindible. Ello quizás explicaría la escasa y defectuosa regulación que el Código civil realiza respecto de la presente figura.

Por otra parte, debe notarse que si bien los elementos estructurales de la obligación descritos en el art. 1.203 CC pueden ser modificados –sujetos pasivo y activo, así como el objeto y condiciones principales– algunos autores⁶ han defendido que no todos tienen la misma jerarquía, por lo que hay elementos determinantes de la identidad de la obligación –p. ej., el deudor⁷– de tal forma que su modificación comporta una novación extintiva, es decir, el cambio de la primitiva obligación por una nueva. Se trata, por tanto, de decidir en algunos casos problemáticos si el cambio es una mera modificación de la obligación anterior y que subsiste con su peculiar régimen jurídico o, por el contrario, se ha producido la extinción de aquélla y su sustitución por una nueva con un régimen jurídico *ex novo*, con las trascendentales consecuencias que ello tendría, por ejemplo, a efectos de mantenimiento de las garantías originarias o continuación de la prescripción ya iniciada. El problema, como acertadamente concluye DÍEZ-PICAZO⁸, no puede recibir una respuesta unívoca que posea carácter general, probablemente porque las vicisitudes modi-

⁶ BADOSA COLL, Ferran. *Dret d'Obligacions*. Barcelona. 1990, pág. 229.

⁷ Sin embargo, esta cuestión no es pacífica ni tampoco se plantea claramente en el Código ya que, como luego se verá, coinciden objetivamente los supuestos que pueden derivar en un cambio no extintivo o en una verdadera extinción de la obligación primitiva.

⁸ DÍEZ-PICAZO, op. cit., pág. 958.

ficativas no se presentan con carácter homogéneo, sino con una notable variedad de especies y subespecies.

II. LA NOVACIÓN

Una de las cuestiones más polémicas acaecidas tras la publicación de nuestro Código civil ha sido la referida al deslinde entre novación y modificación de la obligación. El Código contiene una regulación confusa de la novación en la que se mezclan ambas figuras. Por un lado, la novación aparece dentro de las causas de extinción de las obligaciones, tal y como la reputa el art. 1.156 CC y ubica en dicha sede (arts. 1.203-1.213 CC). Por otro lado, el artículo 1.203 CC, que principia su régimen legal, indica que “las obligaciones pueden modificarse [...]”.

La novación nace en el Derecho romano clásico como único procedimiento de modificación de una obligación, y consiste en la sustitución de una obligación antigua que se extingue por otra nueva. Así lo resumió GAYO señalando que “*novationem tollitur obligatio*“. Por tanto, la novación siempre era extintiva. Sin embargo, como ha estudiado SANCHO REBULLIDA⁹, la novación no era una institución, sino que la única institución propiamente dicha que interviene es la de la *stipulatio*. La novación era el efecto de una estipulación (*stipulatio*) mediante la que se introduce alguna novedad (*aliquid novi*) en la obligación preexistente y producía, de manera automática, el efecto novatorio por la incompatibilidad entre ambas obligaciones.

En el Derecho romano justiniano el efecto novatorio ya no dependerá de la forma, al desaparecer la *stipulatio*, sino de la intención expresa de novar. Su evolución posterior sigue los pasos del concepto de obligación, por lo que se va patrimonializando progresivamente hasta ser considerado como un bien puramente económico que puede ser también objeto de modificación sin que implique extinción. El Código civil francés refleja ambas tendencias: de una parte, regula la novación al modo romano (art. 1.271); de otra, en el artículo siguiente admite la delegación impropia y la cesión de créditos. El punto final de esta evolución lo constituye el BGB, que ignora la novación y sólo regula el contrato de modificación.

De este modo, nuestro Código civil recoge la novación clásica romana que reputa la novación como un modo de extinción de las obligaciones y que además ubica en la Sección 6ª del Capítulo IV del Título I del Libro IV, Capítulo que se intitula precisamente “De la extinción de las obligaciones”. Pero también admite la novación modificativa en el primer precepto que disciplina la figura, al recoger en el artículo 1.203 que “Las obligaciones pueden modificarse: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2º Sustituyendo

⁹ En ALBADALEJO (dir). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. XVI, 1º. Madrid, 1980, pág. 499.

la persona del deudor. 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”. Pero además, el art. 1.204 recoge el carácter excepcional de la novación extintiva, al establecer que “Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”.

Por ello, resultan acertadas las críticas que la doctrina¹⁰ objeta al Código, entre las que destaca aquella referida al hecho de que en el breve articulado de esta Sección (los once artículos 1.203-1.213) se regulen conjuntamente y se mezclen varias figuras distintas, con la consiguiente confusión conceptual y diversidad terminológica. Se reglamentan a la par las variaciones en el contenido y el cambio de acreedor y de deudor, tanto en sus respectivas versiones extintivas como modificativas, por lo que no se logra la pretensión de lograr una regulación sencilla y unitaria, resultando a la postre que los conceptos no quedan delimitados con suficiente claridad.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia¹¹ han deslindado claramente ambas modalidades de novación:

- a) La novación propia o extintiva, en la que la modificación de alguno de los elementos de la obligación provoca la extinción de la obligación primitiva y su sustitución por otra nueva. Es la modalidad contemplada en el art. 1.156 y a la que también aluden los arts. 1.204 y 1.207 CC.
- b) La novación impropia o modificativa, caracterizada por el hecho de que la alteración de alguno de los elementos de la obligación no supone su extinción, sino su mantenimiento con la modificación. A ella se refieren el art. 1.203 y los arts. 1.209 y siguientes del Código.

En relación con esta distinción, cabe señalar que únicamente se produciría la extinción cuando se cumpla uno de los criterios establecidos en el art. 1.204: “Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”. La extinción por voluntad terminante recoge el *animus novandi* del Derecho romano justiniano y en principio no plantea demasiados problemas prácticos, si bien debe tenerse en cuenta la existencia de una consolidada línea jurisprudencial¹² que postula que la novación extintiva no se presume y el beneficio de la duda favorece a la parte que contradice la

¹⁰ Un panorama de la cuestión puede encontrarse en CRISTÓBAL MONTES, Ángel. “La llamada novación modificativa en el Derecho civil español”. *Temis*, núm. 33-36. Zaragoza, 1973/74, págs. 737 a 742. También en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1973, pág.1162.

¹¹ Así SSTS de 12 marzo de 2009 (Ar. 2009,1645), de 3 noviembre 2004 (Ar. 2004, 6869), de 20 febrero de 2002 (Ar. 2002,1366), de 17 septiembre 2001 (Ar. 2001,7479), de 26 julio (Ar. 1997,5953) o de 27 noviembre 1990 (Ar. 1990, 9056), entre otras.

¹² Entre otras, SSTS de 28 de diciembre de 2000 (Ar. 2000, 10382), 23 de marzo de 2001 (Ar. 2001, 4757), 27 de septiembre de 2002 (Ar. 2002, 7877) y 4 de marzo de 2005 (Ar. 2005, 1778).

misma. La extinción por incompatibilidad entre obligaciones responde a la concepción romana clásica y ha sido objeto de un importante debate doctrinal. La posición mayoritaria, liderada por DÍEZ-PICAZO¹³ y HERNÁNDEZ GIL¹⁴, argumenta que la incompatibilidad existe cuando las obligaciones pertenecen a tipos distintos, de modo que la alteración provoca un cambio del régimen jurídico al que estaba sometida globalmente la obligación. El Tribunal Supremo no ha establecido criterios generales al respecto, sino que actúa prudentemente caso por caso ponderando las circunstancias concurrentes. Fuera de estos supuestos estaríamos ante una mera modificación con subsistencia de la obligación.

Los efectos típicos y genéricos de la novación aparecen previstos en los artículos 1.207 (“Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”) y 1.208 del Código (“La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”).

En cuanto a la novación modificativa, lógicamente sólo produce la simple modificación de la obligación pero sin que se vean alteradas las obligaciones accesorias, salvo que la novación amplíe el contenido de la obligación, haciéndola más gravosa, en cuyo caso exigirá el consentimiento del tercero acudiendo a la regla del art. 1.207 CC.

Nos detenemos a continuación en aquellas vicisitudes modificativas especialmente relevantes por el elemento al que afectan y por su regulación expresa como categorías perfectamente identificables.

III. LA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR

Una modalidad frecuente de alteración obligacional se produce con el cambio del acreedor produciendo una modificación subjetiva con un nuevo acreedor. Hoy es una cuestión pacífica al haberse superado la concepción romana de la obligación como un vínculo personal, formado esencialmente *in tuito personae* que no permitía, como es sabido, mutaciones subjetivas salvo en la sucesión hereditaria.

El cambio del titular del derecho de crédito puede operarse bien con la subrogación en el mismo (I) o con la cesión del crédito (II).

¹³ DÍEZ-PICAZO, op. cit., pág. 964.

¹⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “El ámbito de la novación modificativa”. RDP, 1961, págs. 797 y ss.

3.1. Subrogación

Conforme a lo dispuesto en el art. 1.212 del Código civil, “La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”. Debe señalarse la defectuosa redacción del último inciso, que debería referirse a los “propietarios de las fincas hipotecadas”.

Esta forma de modificación subjetiva de la obligación puede conceptuarse como “aquella forma de pago en la que un tercero paga una deuda ajena al acreedor, sin extinguirse la obligación, convirtiéndose así en nuevo acreedor del antiguo y verdadero deudor”.

El pago que hace ese tercero extingue el derecho de crédito del acreedor pero no la obligación, que permanece idéntica, ya que tan sólo se produce un cambio en la persona del primitivo acreedor, convirtiéndose quien paga en el nuevo acreedor, razón por lo que se admite entre los tipos de la llamada novación impropia o modificativa.

En definitiva, la subrogación es un subingreso de un nuevo acreedor en lugar del antiguo mediante el pago del crédito, que deviene titular del mismo en idénticas condiciones y con los mismos privilegios y garantías personales y reales que disfrutaba el acreedor subrogado. Por ello, se trata de una forma de sucesión a título particular e *intervivos*, simétrica a la asunción de deuda.

No obstante, es preciso distinguirla de la cesión de créditos con la que puede confundirse en su modalidad de subrogación convencional. La diferencia es clara partiendo de la finalidad de cada una de las categorías: en la subrogación se procura atender al interés del subrogado en recuperar en vía de regreso un desembolso patrimonial que ha efectuado al acreedor satisfecho. Por eso se pone el acento en el hecho del pago realizado al definir la figura. En cambio, la cesión voluntaria del crédito a que se refieren los arts. 1.526 y ss. del Código civil es un negocio jurídico de transmisión y cumple una función económica de circulación de los créditos.

La subrogación admite dos modalidades:

- a) Subrogación presunta o legal, que se establece expresamente por el Código o por otras leyes y se produce sin necesidad de que el acreedor o el deudor consientan. Con carácter general, los supuestos se enuncian en el art. 1.210. Además, algún supuesto concreto puede encontrarse en los arts. 145.2, 1.839 o los arts. 1.158 y 1.159 CC, con las peculiaridades que cada uno de ellos incorpora. Observa acertadamente BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹⁵ que, aunque el precepto habla de “presunción”, se trata en rigor de una subrogación *ope legis* sin necesidad del consentimiento del acreedor, que no podrá oponerse a ella.
- b) Subrogación expresa o convencional, que se produce cuando no concurren los requisitos legales mediante un acuerdo entre el primitivo

¹⁵ En ALBALADEJO (dir), *Comentarios...* op. cit., XVI, 1º., pág. 28.

acreedor y el nuevo acreedor subrogado (art. 1.209). La subrogación convencional no requiere, en cambio, el consentimiento del deudor. Por excepción, el art. 1.211 permite al deudor hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero en escritura pública, haciendo constar en ella su propósito y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada. Este precepto es desarrollado por Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, modificada recientemente por Ley 41/2007, de 7 diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. La Ley disciplina la subrogación en los préstamos hipotecarios otorgados por Entidades financieras y permite una mayor movilidad que facilita a los prestatarios aprovecharse de las mejores condiciones del mercado.

El efecto de la subrogación es transferir al subrogado el derecho de crédito con todos los derechos a él anexos que hubiere contra el deudor, fiadores o poseedores de hipotecas (art. 1.212 CC). Si el acreedor, como consecuencia del pago, únicamente hubiere cobrado parte de su crédito, puede después cobrar el resto de su crédito con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar en virtud del pago parcial de ese crédito (art. 1.213 CC).

3.2. Cesión de créditos

Constituye el segundo de los procedimientos por los que se produce el cambio de acreedor y puede definirse como “el acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario) en virtud del cual la titularidad del derecho de crédito se transmite del primero al segundo, quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor”¹⁶.

Hoy se trata de una figura pacífica y frecuente lo cual ha sido consecuencia de la evolución ya aludida de la institución obligacional. En efecto, en el Derecho romano al concebir la *obligatio* como un vínculo eminentemente personal difícilmente resulta admisible que el poder del acreedor pueda ser transmitido a otro. Además, la dureza de sus métodos ejecutivos acentúa el riesgo que para el deudor significa el cambio de acreedor. Por ello, JUSTINIANO prohibió la cesión *a potentiores*, a personas más poderosas que el cedente (C., 2,13,2), prohibición que llega a las Partidas (3,7,16). Sin embargo, las necesidades del tráfico jurídico impulsaron progresivamente la admisión de esta operación, que llega a ser perfectamente factible en la época

¹⁶ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Cesión de créditos”. *ADC*, 1988, 1033.

postclásica¹⁷. En la Edad Media la cesión se desarrolló principalmente en el ámbito del Derecho mercantil, particularmente con los títulos a la orden y al portador, para culminar en su reconocimiento pacífico con la Codificación, y que recoge nuestro art. 1.112 CC: “Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”.

El Código civil regula la transmisión de “créditos y demás derechos incorporales” en los arts. 1.526 a 1.537 que integran el Capítulo VII del Título IV del Libro IV, como una modalidad especial de la compraventa. La doctrina, de modo unánime, ha formulado diversas críticas acerca de la rúbrica y ubicación. También se reprocha al legislador que desconozca la posibilidad de que un crédito puede cederse por cualquier título oneroso o gratuito, como donación, permuta o dación en pago, entre otros, aunque la modalidad habitual de la cesión sea la propia compraventa.

Por lo que se refiere a los requisitos de la cesión como tal, son los siguientes:

- 1) La cesión, con carácter general, es resultado de un acuerdo entre el acreedor primitivo (cedente) y el nuevo acreedor (cesionario). El deudor cedido no es parte en el acuerdo, ni la cesión precisa su consentimiento. El deudor no es sujeto de la cesión, aunque ésta no le perjudicará hasta que la conozca, puesto que no parece que tenga interés alguno en relacionarse con un acreedor en vez de con otro, razón por la cual no se requiere su consentimiento. Sin embargo, esta idea no puede absolutizarse puesto que, por ejemplo, un acreedor puede ser menos paciente, más estricto o menos colaborador. Además, la jurisprudencia subraya la imposibilidad de empeorar las condiciones de ningún deudor por una cesión inconsciente. Indudablemente, el deudor responde ante el cesionario de la misma obligación, no de una obligación distinta (STS 15 noviembre 1990), porque la cesión no extingue el crédito (STS 22 febrero 1994).
- 2) En principio, son susceptibles de cesión todos los créditos (art. 1.112), salvo aquellos estrictamente personales, aquellos en los que exista prohibición legal expresa (v. gr. alimentos) o, en fin, que exista pacto contrario a la misma.
- 3) En cuanto a la forma, el Código no exige una formalidad determinada, por lo que son aplicables las reglas generales. De este modo, para que la cesión produzca efectos contra terceros, según el art. 1.526, “la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta [en escritura pública] en conformidad a los arts. 1.218 y 1.227”, añadiendo que “si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro”.

¹⁷ Vid. BONFANTE, Pietro. *Historia del Derecho romano*. Traducción por José Santa Cruz Teijeiro. Madrid, 1944, pág. 289.

La notificación se configura como una norma de protección del deudor cedido¹⁸. Desde la Sentencia de 27 febrero 1891, el Tribunal Supremo defiende que la cesión puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor, como lo ratifican numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 15 abril 1924, 12 mayo 1932, 28 octubre 1957, 5 noviembre 1974, 16 octubre 1982, y que, por tanto, el consentimiento del deudor no es requisito que afecte a su existencia (STS 5 noviembre de 1993, 13 junio 1997). Dicho consentimiento, en cambio, es valorado como requisito de eficacia para que se obligue con el nuevo acreedor, mientras que la puesta en conocimiento (notificación) sólo tiene la finalidad de impedir que se produzca su liberación (SSTS 16 octubre 1982, 24 octubre 1984, 27 septiembre 1991, 24 febrero 1993, 14 julio 1994, de la Sala 3ª S. 31 octubre 1992), aunque no siempre se precisa con claridad en los fallos la diferencia entre la inexistencia de la cesión o su ineficacia, sea de créditos o de contratos.

El efecto de la cesión es lógicamente la transmisión del crédito con sus accesorios, como señalan los arts. 1.528 CC o 149 LH. La posición del deudor cedido permanece inalterada, pudiendo oponer al nuevo acreedor las excepciones que tuviera contra el antiguo y, además, las que tuviera con el nuevo. No obstante, si el deudor consintió la cesión, pierde las excepciones personales que tenía frente al acreedor cedente. Asimismo, dado que la transmisión del crédito no requiere ni el consentimiento ni el conocimiento del deudor, según el art. 1.527, “el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor [cedente], quedará libre de la obligación”.

Por último, debemos hacer referencia al régimen de responsabilidad del cedente, que el Código disciplina en los arts. 1.529 y 1.530 para las cesiones onerosas. Para las gratuitas resulta aplicable el art. 638, en cuya virtud el cedente no responde, salvo si se trata de una donación onerosa, en cuyo caso “responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravámen”. Por lo que se refiere a las cesiones onerosas, el Código distingue si el cedente obró de buena o mala fe:

- a) Si el cedente es de buena fe, responde de la existencia y legitimidad del crédito, la llamada *veritas nominis*, es decir, que en el momento de la cesión, el crédito existe, pertenece al cedente y es exigible en las condiciones que resultan del propio crédito. Se exceptúa el caso en que el crédito se haya vendido como dudoso (art. 1.529.1 CC). No responde, en cambio, de la solvencia del deudor, la *bonitas nominis*, a menos de se haya pactado expresamente, o que la insolvencia fuese anterior y pública¹⁹. Esta responsabilidad comprende el precio recibido, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho.

¹⁸ Vid. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del Código civil*. Madrid, 1993, págs. 1025-1027.

¹⁹ Sin embargo, el art. 1.206 CC se refiere también a la insolvencia conocida del deudor al delegar su deuda.

- b) Por el contrario, si el cedente es de mala fe, responde de la existencia y legitimidad del crédito así como de la solvencia del deudor, y el contenido de la responsabilidad alcanza a todos los gastos y todos los daños y perjuicios.

Finalmente, existen reglas específicas para la duración de la responsabilidad en defecto de pacto expreso (art. 1.530), la venta de la herencia (art. 1.531), la cesión de la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos (art. 1.532), créditos litigiosos (art. 1.535) o la cesión de créditos hipotecarios (art. 149 LH).

IV. LA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR CAMBIO DE DEUDOR

La modificación obligacional por cambio de deudor no ha resultado tan pacífica como el supuesto anterior. En esta polémica doctrinal se ha argumentado que no puede hablarse stricto sensu de «transmisión», pues la «transmisión» es un acto de traslación de poderes activos, y sólo de éstos. Además, es claro que el cambio de la persona del deudor interesa especialmente al acreedor y a los fiadores y avalistas, ya que sus condiciones personales de seriedad y de moralidad, así como sus condiciones económicas de solvencia y responsabilidad son decisivas.

Todo lo cual se complica todavía más por la falta de acuerdo en la terminología a emplear (es habitual encontrar autores utilizando, con significados distintos, los términos de delegación, expromisión y asunción de deuda), y por las discusiones teóricas acerca de figuras afines (destacadamente, respecto al Código civil, la novación, y más concretamente en el aspecto de si cabe o no la novación modificativa). De ahí que no le falte razón a DÍEZ-PICAZO²⁰ cuando afirma que “todo este debate tiene mucho de nominalismo y de logomaquia”, y aconseja una aproximación tópica y funcional a la figura, para después obtener, en su caso, las conclusiones teóricas procedentes.

La alteración de la obligación por cambio de deudor resulta impensable en el Derecho romano, al significar una concepción no personal sino patrimonial del crédito, y ha sido acuñada por la doctrina alemana en la segunda mitad del siglo XIX²¹. En efecto, el cambio de un deudor por otro se produce en el Derecho romano mediante la *stipulatio novatoria* o novación, que como se vio, supone la extinción de una obligación y el nacimiento de otra nueva en su lugar, reafirmandose así la intransmisibilidad activa y pasiva *intervivos* de las obligaciones en este Derecho. Junto a esta figura principal, la mayor parte de la doctrina romanística admite, para determinadas etapas del desa-

²⁰ Op. cit., pág. 1015.

²¹ Vid. en detalle VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*, traducido del Alemán por W. Roces, Tomo II. Madrid, 1934, pág. 147 y siguientes.

rollo de este Derecho, otra figura con el mismo efecto, que se perfeccionaba mediante un contrato literal o escrito y que recibió el nombre de *nomina transcripticia*. Al fin, el sentido práctico de la mentalidad romana y las necesidades del comercio lograron desarrollar otros medios indirectos para lograr el mismo resultado práctico que el cambio de deudor; entre estos medios destaca la figura que se conoce con el nombre de *cognitor* o *procurator in rem suam*²².

Junto a la novación, el Derecho romano conoció la figura de la *delegatio* (delegare), con múltiples significados en las fuentes y que tenía una utilidad mucho más amplia que la que ahora nos ocupa, es decir, permitir a un tercero hacerse cargo de una deuda ajena mediante novación. En las fuentes encontramos una definición que se ajusta a esta orientación y que nos suministra Ulpiano en D. 46, 2, 11: “Delegar es dar al acreedor, o a aquel para quien se hace la autorización, otro deudor en lugar de uno mismo. La delegación se hace por medio de una estipulación o por la litiscontestación”²³. El delegado se hará cargo de la deuda que hasta entonces recaía en el delegante, quedando éste libre de la misma en cuanto se obtenga la anuencia del delegatario. Como consecuencia de ello, queda extinguida la primera obligación y nace otra nueva en su lugar a cargo del delegado, todo ello consecuencia de la estipulación novatoria.

En cambio, es ajeno el Derecho romano al concepto de expromisión tal y como se configuró posteriormente por los Glosadores y los Comentaristas (y como lo conocemos hoy), es decir, como un acuerdo entre el acreedor y un tercero para que éste sustituya al deudor. Dice Díez-Picazo²⁴ que en el Derecho romano se utilizaban los términos *expromissio* o *expromittere* para aludir a una promesa hecha por persona distinta al anterior promitente o hecha a persona distinta del beneficiario de una promesa anterior, lo que podía conllevar tanto un cambio de deudor como de acreedor, aunque también se utilizaba en supuestos distintos. En sentido parecido, Antonio Masi²⁵, aunque

²² En realidad, todos los señalados son medios indirectos para lograr un efecto análogo a la transmisibilidad de las obligaciones: ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho romano*. Madrid, 1986, II, pág. 703 y FUENTESECA, Pablo. *Derecho Privado romano*. Madrid, 1978, pág. 191.

²³ D. 46, 2, 11, 1. Casi todas las referencias a la delegación las encontramos en el libro XLVI, título 2º, del Digesto, bajo la denominación “las novaciones y las delegaciones”, donde se habla de delegación en relación a la novación (expresamente a la delegación tan sólo se refieren las leyes 4, 11–13, 17, 19 y 33, de un total de treinta y cuatro que componen este título). Alguna otra referencia muy breve se encuentra en las Instituciones de Gayo (Gai. 3, 130) y en las de Justiniano (Inst. 3, 29). Pero no hay verdadera novación en la llamada novación necesaria (D. 46, 2, 29; Paul., 24 quaest.), es decir, el efecto de la litis–contestatio consistente en sustituir la relación obligatoria por la relación procesal: Véase D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado romano*. Pamplona, 1991, § 440, págs. 495–496. Sí entienden que se puede hablar de efecto novatorio TORRENT, Armando. *Manual de Derecho Privado romano*. Madrid, 1993, pág. 375 y GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho Privado romano*. Madrid, 1985, pág. 137.

²⁴ Díez-Picazo, op. cit., págs. 1015 y 1016.

²⁵ MASI, Antonio, voz “*Expromissio*”, en *Novissimo Digesto Italiano* 6 (1981), pág. 1092.

matizando que los términos utilizados en las fuentes son *expromittere* y *expromissor* (no *expromissio*), apunta que es utilizado para designar indistintamente la novación subjetiva y la objetiva. Modernamente, la expromisión se caracteriza, frente a los otros negocios jurídicos admitidos tradicionalmente para producir la asunción de una deuda ajena por un tercero, por tratarse de un acuerdo bilateral entre el acreedor y el tercero-asumiente, es decir, sin intervención del deudor antiguo, lo que sustantiva a esta figura frente a la delegación.

La evolución posterior a lo largo del Derecho intermedio, a partir del brocado *in delegatione sempter inest novatio*, reputa la expromisión y la delegación como formas de novación. Esta concepción fue acogida por POTHIER y el Código francés. Sin embargo, a mediados del siglo XIX la doctrina alemana sometió a una profunda crítica el dogma de la intransmisibilidad pasiva de las obligaciones. De este modo, la evolución posterior del fenómeno del cambio de deudor está marcada por dos grandes líneas de influencia:

- a) De una parte está la tradición romana de la *novatio* y la *delegatio*, recogida por la Escuela del Derecho Natural racionalista en los siglos XVII y XVIII y que encontrará continuidad en Robert Joseph POTHIER²⁶. Sus exposiciones constituirán la base de los artículos 1.271 a 1.281 del *Code français* y también del *Codice italiano* de 1865 (artículos 1.267 a 1.278).
- b) De otra parte, y en sentido opuesto, se posiciona la pandectística alemana a partir de mediados del siglo XIX con su crítica al dogma de la intransmisibilidad pasiva de las obligaciones. Ante todo, fue DELBRÜCK quien abordó más profundamente el estudio de este fenómeno y acuñó el término “*Übernahme*“ o “*Schuldübernahme*“, a partir del cual se construyó la teoría de la “*Singularsuccession in Schulden*“²⁷. La obra de este tratadista constituyó un intento de conciliar los principios romanos con la tradición germánica y las necesidades de la práctica, y la edificó sobre la distinción entre la obligación, entendida como un vínculo entre personas y como tal intransmisible (clara influencia romana), y los elementos activo (crédito, “*Forderung*“) y pasivo (deuda, “*Schuld*“), que serían susceptibles de enajenación; en el caso de la deuda, por la sola voluntad de los deudores sucesivos y sin la intervención del acreedor. Esta dirección fue continuada por Bernhard WINDSCHEID²⁸ y se materializó en gran medida posteriormente en

²⁶ POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations* (edic. por Bernardi, Paris, 1805), II, nn. 546 ss., págs. 60 y ss.

²⁷ DELBRÜCK, Ernst Luther Berthold, *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischen Rechte*. Greifswald, 1853.

²⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Die Singularsuccession in Obligationen. Ueberschau*, Munich, 1853 y *Zur Erinnerung an Berthold Delbrück en Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Berlín, 1853.

los §§ 414 y ss. del BGB alemán y en los artículos 175 al 183 del Código suizo de 1911, así como en códigos más recientes como los artículos 595 al 600 del Código portugués de 1966.

El Código civil español, siguiendo en parte en este punto al Código civil francés (y al italiano de 1865, continuador de este último) regula el cambio de la persona del deudor como una de las posibles aplicaciones de la novación: la novación subjetiva por cambio del deudor.

A ella se refieren, según señala la doctrina dominante, los artículos 1.203.2.º y del 1.205 al 1.208 CC, siendo más dudosa la aplicabilidad del artículo 1.204 que, en nuestra opinión, debe quedar para la novación objetiva. En concreto, el artículo 1.203.2.º recoge el cambio de deudor como una de las posibles formas mediante las cuales “las obligaciones pueden modificarse”, el artículo 1.205 se refiere a la necesidad de concurrencia del consentimiento del acreedor para que se produzca el cambio de deudor, el artículo 1.206 recoge los posibles casos en que, si resultara insolvente el nuevo deudor, el acreedor podría dirigirse contra el que hasta entonces parecía liberado, el artículo 1.207 establece el régimen jurídico de las obligaciones accesorias ante la novación y el artículo 1.208, en fin, queda dedicado a los efectos que, sobre la nueva obligación, puede tener la nulidad de la antigua.

Tras la publicación del Código civil, la doctrina mayoritaria consideró que nuestro Código se inspiró en este punto en el Código civil francés, acogiendo la concepción tradicional, romano-napoleónica, de la intransmisibilidad de las deudas. Se invocan en este sentido el art. 1.203 CC, que habla de la sustitución de la persona del deudor como un caso de novación y el art. 1.207, según el cual en la novación por cambio de deudor desaparecen las obligaciones accesorias de la obligación novada.

Sin embargo, la publicación en 1912 de la obra del profesor DE DIEGO sobre la transmisibilidad de las obligaciones²⁹, en la que abogó decididamente por la transmisión sin novación y combatió las objeciones a la misma, permitió que nuestra doctrina fuera mostrándose partidaria a su admisión. Esta idea fue continuada por autores como VALVERDE, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER o CASTÁN. Por su parte, el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 22 de febrero de 1946 ha admitido esta modalidad siempre que sea consentida por el acreedor y esta línea perdura hasta hoy.

No obstante, un sector doctrinal ha venido objetando esta posibilidad, negando su paralelismo con el cambio de acreedor y destacando las diferencias entre ambas figuras. Ya en 1930 DE BUEN³⁰ advirtió que, aunque se admita el cambio de deudor con el consentimiento del acreedor, los terceros que garanticen la primera deuda no seguirán garantizando al nuevo deudor, con lo

²⁹ DE DIEGO, Felipe Clemente. *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*. Madrid, 1912.

³⁰ DE BUEN, Demófilo. *Derecho civil español común*. Madrid, 1930, pág. 495.

que se producen los mismos efectos que en la novación extintiva. También el mismo año don Federico DE CASTRO³¹ se opuso a la misma idea, afirmando que no existe en nuestro Derecho ningún caso de cesión de deuda que no haya de regirse por el art. 1.205 y ser considerada, por tanto, como novación.

En idéntica línea, COSSÍO³², ROCA SASTRE³³ y LACRUZ³⁴ añaden que, desde un punto de vista dogmático, la deuda es un valor negativo, no susceptible de transmisión e indisoluble del derecho del acreedor, de modo que lo único posible es que el acreedor consienta en recibir la prestación de otro deudor con lo cual se extingue una deuda y nace otra. Además, en un plano práctico, no puede defenderse la ficción de que la obligación no se altera, que se mantienen vigentes las garantías prestadas por terceros o que el nuevo deudor pueda oponer las excepciones del antiguo, lo cual, si se produce, será por un pacto expreso entre el acreedor y el nuevo deudor.

En definitiva, puede concluirse que si bien han desaparecido los obstáculos dogmáticos al principio de la modificación pasiva de la obligación, no puede sostenerse una correspondencia absoluta con el cambio de acreedor, ya que existen importantes diferencias que imponen un cierto componente novatorio en el fenómeno.

Volviendo ahora al Derecho positivo, el Código acepta dos modalidades de cambio de deudor, la delegación (art. 1.206) y la expromisión (1.205), aunque se ha consolidado la admisión de una tercera, la asunción de deuda, amparándose en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255). Nos referimos, no obstante, a esta última en primer término.

4.1. Asunción de deuda

Se denomina asunción de deuda el hecho de la sustitución de un deudor por otro que asume la deuda del primero. Figura sobre cuya admisibilidad se ha dudado durante mucho tiempo, empero hoy es aceptada como forma característica de modificación de la relación obligatoria por sustitución del deudor, con fundamento en los argumentos a favor de los arts. 1.203.2, 1.204 y 1.255 CC y ratificación jurisprudencial. También recibe la denominación de “contrato de asunción de deuda”³⁵, contrato atípico que se rige por lo acordado

³¹ DE CASTRO, Federico. “*Cesión del arrendamiento y el subarriendo*”. RGLJ, 136, 1930, pág. 143.

³² COSSÍO, Alfonso. “*La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular*”, AAMN, 1, 1945, págs. 183 a 187.

³³ ROCA SASTRE, Ramón María. *Estudios de Derecho Privado*, volumen II. Madrid, 1948, págs. 294 a 301.

³⁴ LACRUZ, op. cit. vol. II-I, págs. 293 y ss.

³⁵ Más detalladamente GARCÍA PORTERO, Roberto. *A propósito de la asunción de deuda*. Revista del Instituto de Derecho civil, n.º 4. Buenos Aires, Argentina, 1985, págs. 120-134.

entre las partes (antiguo y nuevo deudor), lo consentido por el acreedor y por las reglas generales de las obligaciones y contratos. Con ello se superaría la imposibilidad de que el deudor disponga de su posición jurídica.

Según la STS de 27 de junio de 1991, “la asunción de deuda, si bien reviste caracteres de negocio atípico, no obstante la referencia que el ordenamiento hace respecto a la misma, es perfectamente procedente y adecuada, según el artículo 1205 CC y doctrina sostenida repetidamente por esta Sala. Mediante tal institución, el deudor originario viene a ser sustituido por el posterior que asume la deuda, en dimensión liberatoria, mediante el consentimiento del acreedor a esta mutación subjetiva en el pacto relacionante, operando, en caso de insolvencia del nuevo deudor, con los efectos que prevé el art.1206 CC” (vid. también STS. 27 junio 1991).

Aunque se acepta tanto la asunción liberatoria, desligándose el deudor originario de la relación, como cumulativa, cuando el antiguo deudor se mantiene vinculado a la relación obligatoria junto al nuevo, esta segunda modalidad se considera una excepción y debe aparecer con claridad en el correspondiente pacto.

4.2. Expromisión

Constituye el supuesto más sencillo de cambio de deudor, representativo de los principios generales de mutación subjetiva a los que antes aludíamos, en el que el acreedor tiene la iniciativa y toma la decisión de asumir un nuevo deudor. Se lleva a cabo en esta ocasión un convenio entre el acreedor y un nuevo deudor que libera al primitivo sin requerir consentimiento ni conocimiento de éste (art. 1.205). En consecuencia, el riesgo de insolvencia del nuevo deudor lo asume por completo el acreedor.

Lógicamente sólo en el caso de la denominada expromisión cumulativa el deudor primitivo seguiría vinculado al cumplimiento de la obligación.

4.3. Delegación

Figura más compleja y de gran predicamento en el ámbito bancario³⁶, la delegación requiere de la intervención de tres sujetos: el deudor actual que es quien toma la iniciativa proponiendo su sustitución al acreedor al que “presenta” un nuevo deudor; éste que admite ocupar el lugar del deudor y el acreedor que ha de aceptar. En definitiva, se produce en virtud de acuerdo entre deudor antiguo y nuevo deudor por el que éste asume la deuda con consentimiento del acreedor. Hay delegación siempre que se suministra a una persona

³⁶ Más detalladamente véase ROIG GUERRERO, Francisco. “La delegación de deudas en el ámbito bancario”. *X años de encuentros sobre Derecho bancario*, 1996-1997, págs. 371-380.

un valor cualquiera indirectamente a través de la persona a la que se ha dado orden de suministrarlo.

Es, por tanto, el mecanismo por el que una persona (delegante) da una orden o autoriza a otra (delegado) para que constituya una obligación o realice una prestación a favor de otra (delegatario) (STS de 27 de junio de 1991).

En el Código no se contempla la regulación de las relaciones internas entre delegante, delegado y delegatario, sino sólo el reparto de riesgos entre ellos, de lo que se ocupa el art. 1.206: el acreedor corre con el riesgo de insolvencia del nuevo deudor que ha aceptado, salvo que esta insolvencia fuera anterior, pública o conocida del deudor al delegar su deuda, en cuyo caso el primitivo deudor sigue vinculado a la obligación, esto es, teniendo en cuenta su mala fe. Se acepta, no obstante, que se origina una relación de cobertura entre delegante y delegado y una relación de valuta entre delegante y delegatario.

Se describe, por tanto, en el art. 1206 la delegación pasiva, aceptándose también una delegación activa, al amparo del art. 1.203.3, en la que el acreedor delegante invita u ordena al delegado a convertirse en acreedor del delegatario.

Finalmente, debemos hacer una breve referencia a otras cuestiones vinculadas a los efectos y de aplicación a cualquiera de los supuestos de cambio de deudor que, sin embargo, están reguladas de forma poco clara o no se contemplan expresamente. Así ocurre en primer lugar con la pervivencia de las garantías otorgadas: aplicando las reglas generales del Derecho de obligaciones, debe señalarse que si las prestó un tercero, este deberá consentir el cambio de deudor para que se mantengan; si las prestó el anterior deudor, dependerá de si se asumen o no por el nuevo; y si las prestó el nuevo antes de asumir la deuda, si son reales subsisten y se extinguen en cambio las personales.

En segundo y último término debemos referirnos a la defensa del nuevo deudor, a las excepciones oponibles por él, nada se dice expresamente, pero cabe deducir que puede oponer las excepciones de carácter objetivo de la relación obligatoria, aquellas que afecten al medio a través del que se produjo el cambio de deudor y las que se originen en su relación con el acreedor a partir del cambio. No cabe, por el contrario, la oposición de excepciones puramente personales del primitivo deudor.

V. CONCLUSIÓN

El Derecho de obligaciones que se incorporó al Código civil no fue una de sus partes más logradas. Fundamentalmente, el Código se limitó a tomar la base del Proyecto de 1851 y, por esta vía, el modelo del Código civil francés, con algunas conocidas excepciones como el rechazo de la transmisión consensual de la propiedad. Sobre estos cimientos los codificadores tomaron algunos elementos del Código civil italiano de 1865, del argentino y de las

Notas de Dalmacio Vélez Sársfield y, en fin, del Anteproyecto de Laurent. Se produjo así un *mixtum* que muchas veces no resulta fácil de descifrar. Además, muchos de estos preceptos estaban tomados de épocas anteriores por lo que no resultaron satisfactorios para dar respuesta a los acontecimientos económicos que se estaban produciendo y se iban a originar poco después.

En este trabajo hemos señalado los diversos problemas que presenta la figura de las modificaciones obligacionales, resultando especialmente patente cómo los codificadores no pusieron aquí sus máximos esfuerzos, por lo que se requiere acometer su reforma. En primer lugar, es necesario deslindar y separar el articulado relativo a la modificación y la extinción de las obligaciones que el Código reglamenta conjuntamente en los artículos 1.156 y ss. También es necesario considerar detenidamente si pueden modificarse todos los elementos de la obligación o sólo aquellos no determinantes de la identidad de la misma. Asimismo, se debe producir el deslinde entre las figuras de la novación y de la modificación. El régimen de la cesión de créditos debe analizar el problema del empeoramiento de condiciones del deudor inconstituido. Igualmente es necesario separar y aclarar convenientemente las figuras de la delegación, expromisión y asunción de deudas. Del mismo modo, toda la regulación debe tener en consideración la problemática que introducen las condiciones generales de contratación. En fin, deben corregirse los diversos errores de dición del Código (v. gr. el artículo 1.212 al referirse a los “poseedores de hipotecas” en realidad alude a los propietarios de las fincas gravadas).

Por otra parte, en el siglo XX hemos asistido a lo que se ha denominado la masificación y la estandarización de la materia contractual a través de la figura de las condiciones generales de la contratación y la búsqueda de remedios frente a los abusos que dicha figura puede generar. El ocaso de dicho siglo y el principio del presente han consolidado el fenómeno conocido como globalización y la consiguiente multiplicación de los mercados y de las relaciones de tráfico externo. Finalmente, desde diversas estructuras políticas supranacionales se ha impulsado la codificación de cuerpos de derecho que se ocupan de esta materia para hacer frente a las nuevas necesidades. De todos estos esfuerzos cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNICTRAL) y adoptada en Viena en 1980, los llamados *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT), los *Principios de Derecho europeo de contratos* y, en fin, las diversas Directivas comunitarias que van conformando un Derecho europeo de contratos.

Por ello, resulta necesario acometer una profunda reforma de los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos contenidos en los Títulos I y II del Libro IV del Código civil (arts. 1.088 al 1.314) que los ponga en consonancia con las últimas iniciativas citadas. No se trata de un mero pro-

blema estético, sino que existen importantes problemas de coherencia interna del conjunto normativo, amén de la necesidad de dar respuesta a las cuestiones jurisprudenciales y dogmáticas aún no resueltas, con especial consideración de la europeización del Derecho de contratos. Así lo ha hecho Alemania con la llamada *Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones* del año 2001. También debemos aludir a los procesos de reforma iniciados en Francia y en otros países europeos. En consecuencia debe acogerse muy positivamente la reciente propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos que ha elaborado la Comisión General de Codificación.

En definitiva, nuestro Código civil necesita desde hace mucho tiempo un rejuvenecimiento y no una mera operación de *restyling*. A lo largo de esta exposición hemos visto los problemas terminológicos, sistemáticos y prácticos que presenta el objeto de nuestro trabajo, aunque la problemática afecta a todo el Derecho general de obligaciones y contratos. Ciertamente, es difícil encontrar el momento, sobre todo político, para iniciar una recodificación. En los tiempos que vivimos hay que armarse de valor para una recodificación total o parcial. Pero es imperioso poner en consonancia nuestro viejo Derecho de obligaciones con el marco comparado, el Derecho comunitario y el Derecho internacional. Finalmente, la convicción de que las leyes son mucho mejores cuanto más claras y accesibles debe retronar en una cultura jurídica, como la nuestra, en la que la mala calidad de las leyes parece ser ya un lugar común irremediable.

La dudosa constitucionalidad de la regulación legal de las medidas limitativas de derechos fundamentales del deudor en el proceso concursal

Manuel Díaz Martínez

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 21.07.2011

Aceptado: 02.11.2011

Resumen: La Regulación contenida en la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal supone una mejora notable en relación con la establecida en la LEC de 1881 y el C.Com. de 1829, toda vez que no sólo unifica en un texto legal la normativa anterior, sino que además establece como único objetivo asegurar el cumplimiento de los fines del concurso, suprimiendo el efecto automático y represivo que presentaban tales medidas en la normativa anterior. Sin embargo, la misma presenta en aspectos esenciales vaguedad e indeterminación, lo cual que hace que los requisitos de certeza y seguridad, no se hallen en ocasiones cumplidos, lo que genera serias dudas en cuanto a su constitucionalidad.

Palabras claves: Derecho concursal, constitucionalidad, derecho mercantil, deudor, juez de lo mercantil, código de comercio, principio de legalidad, principio de proporcionalidad.

Abstract: *The Regulation contained in the LO 8/2003, 9 July, for the bankruptcy reform supposes a relevant improvement in relation to the LEC of 1881 and the Code of Commerce of 1829, because it unifies in a legal text the other law, but it also establishes as a unique goal the accomplishment of the purpose of the bankruptcy process, abolishing the automatic and repressive effects that the former laws had. However, the LO 8/2003, 9 July, for bankruptcy reform, has in its essential aspects vagueness and inaccuracies, which makes the requirements of certainty and security unfulfilled, which results in serious doubts regarding its constitutionality.*

Key words: *Bankruptcy Law, constitutionality, commercial law, debtor, commercial judge, commercial code, principle of legality, principle of proportionality.*

SUMARIO. I. Concepto, regulación legal y naturaleza. II. Presupuestos exigibles para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales del concursado. 1. Principio de legalidad. 2. Principio de jurisdiccionalidad. 3. Principio de proporcionalidad. 4. Duración de la medida. III. Intervención de las comunicaciones. IV. La entrada y registro en el domicilio del deudor. V. La obligación de residencia y el arresto domiciliario. VI. Aspectos procesales. 1. Momento procesal para su adopción. 2. Legitimación. 3. Procedimiento y recursos. VII. Conclusiones.

I. CONCEPTO, REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA

La LC 22/2003 ha dado un paso importante en aras de la efectividad del proceso concursal y de su normal tramitación: de un lado, estableciendo la obligación del deudor de colaborar activamente en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso y, de otro, permitiendo al Juez de lo Mercantil acordar la intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia y la entrada en el domicilio del deudor, tanto en los supuestos de suspensión como en los de intervención en el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado.

En efecto, de manera similar a lo que acontece en el proceso civil (art. 591 LEC), el art. 42 LC establece un deber amplio de colaboración del deudor en el proceso concursal, que se concreta en la obligación de comparecencia ante el Juzgado de lo Mercantil y la administración concursal cuantas veces sea requerido, con la finalidad de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso, especialmente aportando cuantos documentos y datos tengan relación con el objeto del proceso.

Junto a este deber de colaboración, la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal (LORC, en lo sucesivo) contempla en su artículo primero (*«efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado»*) la posibilidad de que el Juez Mercantil pueda adoptar una serie de medidas que, como nota esencial a todas ellas, restringen determinados derechos fundamentales de la persona del deudor¹, como lo son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional (arts. 17, 18 y 19 CE)².

¹ El TEDH ha entendido que las medidas restrictivas de derechos fundamentales en los procesos concursales sirven a un fin legítimo. Así, las Sentencias de este Tribunal dictadas en los casos *Luordo contra Italia* y *Bottaro contra Italia*, ambas de 17 de julio de 2003, disponen que la intervención de la correspondencia en un proceso de quiebra (y el argumento puede aplicarse asimismo a la intervención de las comunicaciones telefónicas y a la entrada y registro, que tienen la misma naturaleza de medidas de investigación del patrimonio del concursado), dirigida a obtener los datos necesarios sobre la situación patrimonial del quebrado, con el fin de que éste no ponga sus bienes fuera del alcance de sus acreedores, responde a un fin legítimo en el sentido del art. 8.2 del Convenio, como es el de proteger los derechos de los demás, en este caso, de los acreedores. Y estas mismas sentencias del TEDH, consideran que la limitación del derecho a la libertad de circulación del quebrado, consistente en la prohibición de alejarse de su lugar de residencia, con el objetivo de garantizar que se pueda mantener el contacto con él para facilitar el desarrollo del procedimiento, responde asimismo a un fin legítimo en el sentido del artículo 2 del Protocolo número 4 del Convenio.

² Conviene señalar que, si bien el artículo primero de la LORC regula, exclusivamente, las medidas que pueden suponer una injerencia en los mencionados derechos constitucionales, razón por la cual se incorporan a un texto con rango orgánico de conformidad con lo dispuesto en el art. 81 CE, nada impide que, a lo largo del proceso concursal, puedan adoptarse las medidas cautelares previstas en la LEC, habida cuenta de su aplicación supletoria a dicho proceso (D.F. 5ª LC).

Dicha regulación supone una mejora en relación con la contenida en la LEC de 1881 y el C.Com. de 1829, ya que no sólo supone una unificación en un mismo texto legal de la dispersa normativa anterior, sino que también desaparece su carácter automático, teniendo una función no ya represiva, ni sancionadora, sino asegurativa del cumplimiento de las finalidades del proceso concursal, tal y como afirma su Exposición de Motivos³.

Por desgracia, este es el único aspecto positivo que cabe destacar, ya que la regulación contenida en dicho artículo primero presenta numerosas deficiencias y omisiones, que hacen dudar tanto de su constitucionalidad, cuanto de su eficacia práctica en relación con la finalidad que se pretende con la adopción de tales medidas limitadoras de derechos del concursado, que no es otra que la de facilitar el correcto desenvolvimiento del concurso como proceso orientado a la satisfacción de los acreedores.

Aun cuando la LORC las regula de modo conjunto, tales medidas limitativas de derechos fundamentales presentan una distinta finalidad: las que limitan el secreto de las comunicaciones o autorizan la entrada y registro domiciliario están dirigidas a la obtención de información y documentos que sean relevantes a los fines del concurso, mientras que las que establecen un concreto deber de residencia o el arresto domiciliario irán encaminadas al aseguramiento de la presencia del deudor y, en consecuencia, su adopción se sujeta a la existencia de un «peligro de fuga» o de ocultación personal del deudor al proceso concursal⁴.

En cuanto a la naturaleza de tales medidas, no cabe duda alguna que nos encontramos ante medidas civiles que se adoptan en el marco de un procedimiento de ejecución universal y que tienen un fundamento distinto a las mismas medidas acordadas por un Juez de Instrucción, si bien, los silencios del legislador, la intervención preceptiva del MF, así como la remisión expresa que se efectúa a la LECrim en relación con medidas como la intervención de comunicaciones telefónicas, pudieran dar la impresión que se está colocando al Juez de lo Mercantil en el papel de un Juez Instructor, cuando su labor es radicalmente distinta.

³ La Exposición de Motivos de la LORC dispone: «*La reforma concursal ha de orientarse, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de atemperar el rigor de esos efectos, suprimir aquellos de carácter represivo y limitarse a establecer los necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la tramitación normal del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al Juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso; pero es inevitable que en algunos de estos supuestos esos efectos alcancen a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de la libertad, el secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional*».

⁴ En este sentido, Vid. ASENSIO MELLADO, J.M., *Ley Concursal* (AA.VV., Coordinadora: Esperanza Gallego Sánchez), Tomo I, La Ley, 2002, pág. 505.

II. PRESUPUESTOS EXIGIBLES PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCURSADO

Debido a la circunstancia de que las medidas contempladas en el artículo primero de la LORC restringen derechos fundamentales del concursado, tales actos procesales requieren, como presupuesto inicial y genérico, que se encuentren previstos por Ley (principio de legalidad) y la intervención de un órgano jurisdiccional en la adopción de la injerencia (principio de jurisdiccionalidad), así como la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto⁵.

1. Principio de legalidad

Un presupuesto común para todo acto limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el principio de legalidad, según el cual toda injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley⁶ y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho, para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad⁷.

Desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, no ofrece duda alguna que la LO 8/2003 contiene tal habilitación.

Sin embargo, **desde las exigencias de seguridad y certeza del Derecho**, que también han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, **dicho texto legal posee una dudosa legitimidad constitucional**, habida cuenta que su artículo primero, como tendremos ocasión de comprobar, no está redactado con la claridad suficiente que permita al deudor conocer en

⁵ Vid., por todas, STC 207/1996.

⁶ Tal y como afirma la STC 49/1999, «esa reserva de Ley a que, con carácter general, somete la CE la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la CE atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas».

⁷ Cfr. SSTEDH 24 de abril de 1990, caso Kruslin y Huvig; 30 de julio de 1998, caso Valenzuela; 20 de mayo de 1999, caso Rekvényi; 25 de noviembre de 1999, caso Hashman y Harrup; 16 de febrero de 2000, caso Amann; 4 de mayo de 2000, caso Rotaru.

qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita al Juez del concurso a adoptar tales medidas⁸.

2. Principio de jurisdiccionalidad

El segundo presupuesto genérico que ha de observarse en la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales es el de jurisdiccionalidad, según el cual dichas medidas, como regla general, sólo *pueden* ser adoptadas por los órganos judiciales, por cuanto en este ámbito (el de la tutela de los derechos fundamentales) la jurisdicción ha de ostentar siempre «no sólo la última, sino la primera palabra».

En este punto, la LORC cumple de forma clara y terminante con dicho presupuesto, por cuanto la limitación de tales derechos sólo puede ser acordada por el Juez del concurso (artículo primero.1).

3. Principio de proporcionalidad

Junto al cumplimiento de los principios de legalidad y jurisdiccionalidad, la legitimidad constitucional de una medida limitativa de derechos fundamentales requiere el estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, que se concreta en la exigencia de tres requisitos, que brevemente expuestos son: a) La *idoneidad* de la medida o, lo que es lo mismo, que la medida sea adecuada y útil para la obtención del fin perseguido, lo que exige atender al estado del procedimiento de concurso; b) Su *necesidad*, lo que obliga al órgano judicial a examinar, no sólo la idoneidad de la medida, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa que, asegurando el cumplimiento de los fines del concurso, ello no obstante, no supongan el sacrificio del derecho fundamental afectado; y c) *Proporcionalidad en sentido estricto*, que se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar⁹.

En relación con el requisito de que exista una adecuada proporción entre el alcance de la medida y el resultado u objetivo perseguido (proporcionalidad en sentido estricto), como criterio de legitimidad constitucional, resulta

⁸ En este sentido. Vid. ASECIO MELLADO, J.M^a., El problema de la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos del concursado, en *Anuario de Derecho Concursal*, 17/2009-2, pág. 262.

⁹ Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, 1990, págs. 69 y ss.

preciso atender a dos cuestiones esenciales, como medio de valorar tal proporcionalidad: la finalidad del proceso concursal y el cumplimiento o incumplimiento por el deudor de sus obligaciones concursales¹⁰.

En primer lugar, para que una medida restrictiva de derechos fundamentales del concursado sea proporcionada requiere que se ajuste a la finalidad del proceso concursal que, como es sabido, reside en la satisfacción de los acreedores a través de la continuación de la empresa, siempre y cuando sea viable.

Del mismo modo, la proporcionalidad de la medida debe estar fundada en el cumplimiento por el concursado de sus obligaciones y, en concreto, de su deber de colaboración e información con el Juez y la administración concursal en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 42 LC).

Ello supone que si, requerido el concursado, no aporta la documentación o la información solicitada sobre los acreedores, la situación contable de la empresa o su situación patrimonial o financiera, así como cuando se tengan indicios de que sustrae u oculta información relevante, estarán justificadas medidas tan restrictivas como lo son la entrada y registro de su domicilio o la intervención de sus comunicaciones, al igual que acontece en el proceso civil ante la negativa del futuro demandado de exhibición de documentos o títulos relevantes a los efectos de fundamentar la pretensión (art. 261 LEC).

Por último, como exigencia formal del principio de proporcional, se impone el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación con la finalidad de hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la medida acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger.

4. Duración de la medida

Una medida procesal restrictiva de derechos fundamentales, aun cuando resulte idónea o adecuada con el fin perseguido, puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la propia finalidad que pretenda alcanzar, cualquiera que sea el carácter del proceso y el fin de la medida.

Por ello, resulta necesario que la resolución judicial que acuerde la medida fije su duración, durante el tiempo estrictamente necesario para asegurar

¹⁰ Cfr. CARRERAS MARAÑA, J.M., «Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado. Análisis del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio», en *Estudios de Derecho Judicial. Aspectos penales de la nueva Ley concursal*, CGPJ, Núm. 54, 2004, págs. 289-292.

el resultado u objetivo perseguido, que nunca podrá exceder de la fecha concreta establecida como plazo máximo, que ha de ser determinada por el Juez Mercantil, sin perjuicio de que pueda ser prorrogada con posterioridad, si persisten los motivos que justificaron su adopción. En tales términos debiera interpretarse la defectuosa redacción del artículo primero 3.d) cuando dispone que el Juez determinará la duración de la medida, *con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario (...)*.

En todo caso, **hubiera sido deseable que el propio legislador hubiera establecido unos plazos máximos de duración**, al menos en relación con el arresto domiciliario, tal y como sucede en el proceso penal con la detención o prisión provisional.

III. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

La primera de las medidas contempladas en el artículo primero de la LORC es la intervención de las comunicaciones del deudor, sin limitación a unas concretas comunicaciones, por lo que el objeto material, a través del cual puede restringirse el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE, es cualquier medio de comunicación a través del cual se transmita una información privada, sea oral, postal, telegráfica, telefónica, incluidas las inalámbricas, radioléctrica o cibernética.

Una cuestión interesante que se plantea es la relativa a la relación existente entre los efectos del concurso en las facultades patrimoniales del deudor y la intervención de las comunicaciones, por cuanto la LORC no hace distinción alguna entre las comunicaciones de la empresa o centro de actividades y comunicaciones personales.

En mi opinión, la configuración constitucional del derecho que protege las comunicaciones con independencia de su contenido, la literalidad del precepto citado que hace alusión simplemente a las comunicaciones del deudor sin distinción alguna entre comunicaciones empresariales y comunicaciones personales y la ausencia de vinculación entre los efectos del concurso en las facultades patrimoniales del deudor y los efectos en sus derechos fundamentales, obligan a entender que, si se acuerda la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, los administradores concursales no podrán servirse de las comunicaciones que venían siendo empleadas por éste para el desempeño de su actividad, a menos que exista una resolución judicial acordando su intervención¹¹.

Tratándose de la **intervención de las comunicaciones telefónicas**, el artículo primero, apartado 4 de la LORC, sorprendentemente efectúa una remisión en bloque a lo previsto en la LECrim., habiendo desaprovechado el

¹¹ En contra, MARTÍNEZ FLORES Y OLEO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (dirigidos por Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN), Editorial Thomson-Civitas, 2004, Tomo I, pg. 849.

legislador la oportunidad que se le ofrecía de incorporar a nuestro derecho interno, en el ámbito específico del proceso concursal, la doctrina que tanto el TEDH, como el TC han elaborado a propósito de la intervención telefónica acordada judicialmente en el curso de un proceso penal.

Decimos que de forma sorprendente por cuanto el TEDH, en sus Sentencias de 18 de febrero de 2003 (Prado Bugallo c. España) y 30 de julio de 1998 (Caso Valenzuela Contreras c. España) ha declarado la vulneración del art. 8 CEDH debido a que el actual art. 579 LECrim. (precepto que regula las intervenciones telefónicas) no cumple con las exigencias relativas a la previsión legal de la injerencia, al omitir aspectos tan importantes como lo son la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de transcripción de las conversaciones interceptadas y las precauciones a adoptar para mantener intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el Juez y la defensa.

Así pues, ha de partirse de la **insuficiente regulación legal establecida en el art. 579 LECrim. y, en consecuencia, del artículo primero, apartado 4 de la LORC, en virtud de la remisión que efectúa a aquel precepto**, y colmar dichas lagunas con las exigencias que tanto el TC¹², como el TS¹³ han requerido para aceptar la validez de las intervenciones telefónicas en el proceso penal, efectuando las necesarias adaptaciones derivadas del hecho de que dicha medida es acordada en un proceso de naturaleza civil como lo es el concursal.

En consecuencia, la medida de intervención telefónica en el proceso concursal ha de tener como finalidad exclusiva la obtención de información relevante para el interés del concurso, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al concurso, pudiendo recaer únicamente sobre los teléfonos de la persona del deudor o, si se tratare de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, siempre y cuando existan indicios previos de los que inferir que dichos sujetos sustraen u ocultan información relevante al Juez del concurso o a la administración concursal y no meras sospechas o conjeturas.

Una vez acordada la intervención, el control ulterior de su práctica deberá aplicarse sobre tres extremos esenciales: 1º) El seguimiento de que, en efecto, se produce el cumplimiento estricto de lo autorizado, de modo que los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez del concurso del desarrollo y los resultados de las tareas que se les ha encomen-

¹² Cfr., entre otras, SSTC 259/2005, 165/2005, 167/2002, 14/2001, 236/1999, 49/1996.

¹³ Vid. entre otras, SSTC núms. 957/2005, de 18 de julio, 841/2005, de 28 de junio, 864/2005, de 22 de junio, 1489/2004, de 18 de diciembre, 999/2004, de 19 de diciembre, 322/2004, de 12 de marzo, 343/2002, de 7 de marzo.

dado, de acuerdo con lo dispuesto por el propio Juez en su resolución; 2º) La evitación de extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la interceptación como por intrusión injustificada en otros ámbitos que no afecten al desarrollo del concurso o derechos de terceros ajenos a la investigación; y 3º) De modo muy especial, este control tendrá también como finalidad la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención, de modo que al no haber tenido éste, como es lógico, conocimiento previo de la actuación sobre el secreto de sus comunicaciones, es el Juez el encargado, durante ese período, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad de su ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Singular importancia adquiere en el ámbito del concurso de acreedores la **intervención de la correspondencia**, como medida de indudable utilidad para la obtención de datos sobre cuestiones tan importantes para el fin del concurso como lo son: información bancaria, cartas comerciales, cartas de reclamación de deudas, comunicaciones con proveedores, comunicaciones con asesores fiscales, con la Hacienda Pública, con las Seguridad Social o con otras administraciones públicas.

Al igual que sucede con las telefónicas, la intervención de la correspondencia (cartas, paquetes postales, telegramas) ha de ser, por tanto, siempre proporcionada al fin perseguido, excepcional y nunca excesiva, tanto en su adopción como en su ejecución, y verdaderamente necesaria, más imprescindible que meramente conveniente u oportuna, para la consecución de los importantes objetivos que con ella se pretendan, esto es, la obtención de datos relevantes para el fin del concurso y, en concreto, de la documentación precisa para integrar la masa activa y pasiva del concurso, pues, tal y como señala CARRERAS MARAÑA¹⁴, en la integración y adecuada conformación de esas masas radica la esencia y el interés del concurso.

Asimismo, la resolución judicial que acuerde la intervención, que habrá de revestir la forma de Auto, deberá de hacer expresa indicación de la correspondencia que haya de ser intervenida, con designación de los remitentes de esa correspondencia (bancos, entidades de gestión financiera, administraciones públicas, asesorías fiscales, etc), a los que se cursarán los correspondientes mandamientos de retención y la indicación de dónde se debe entregar la correspondencia intervenida.

Debido a la ausencia en la LORC de previsión legal que regule la materialización de la intervención de las comunicaciones, con la finalidad de colmar dicha laguna creemos de aplicación lo dispuesto en los arts. 584-588 LECrim, preceptos que potencian, de un lado, la vigencia del principio de inmediación judicial y, de otro, el de contradicción.

¹⁴ Cfr. CARRERAS MARAÑA, J.M., Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado. Análisis del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, *op. cit.*, pág. 270.

De conformidad con lo dispuesto en dichos preceptos, una vez que el Juez del concurso disponga íntegramente de la totalidad de los soportes originales, se procederá por dicho órgano judicial tanto a su apertura, como a la selección de la información que resulte de interés para el concurso, a cuyo acto deberán ser citados el deudor y, de modo especial, su Abogado defensor, así como la administración concursal. La transcripción en el acta de la correspondencia intervenida se realizará bajo la fe del Secretario, garantizándose el secreto de los contenidos que sean ajenos al concurso.

IV. LA ENTRADA Y REGISTRO EN EL DOMICILIO DEL DEUDOR

Junto a la intervención de las comunicaciones, la LORC, en su artículo primero, también contempla la entrada en el domicilio del deudor y su registro como una de las medidas que puede adoptar el Juez del concurso.

El objeto material de esta medida lo constituye cualquier lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la intimidad, a la vida familiar o a la privacidad del deudor como persona física, o de los administradores o liquidadores, en el caso de persona jurídica («domicilio común»)¹⁵, así como los lugares en donde el derecho a la intimidad se proyecta sobre otros bienes constitucionales, tales como el secreto profesional¹⁶ o la libertad de expresión¹⁷, cuya titularidad recae también sobre las personas jurídicas («domicilios especiales»)¹⁸.

Al igual que sucede con el resto de medidas contempladas en dicho precepto, la diligencia de entrada y registro, al incidir en el ámbito de un derecho fundamental, cual es el contenido en el art. 18.2 CE (inviolabilidad del domicilio), ha de estar sometida al principio de proporcionalidad.

Su adopción por el Juez del concurso ha de revestir, pues, carácter indispensable para obtener el fin perseguido, que, a diferencia de lo que sucede con la intervención de las comunicaciones, aparece concretado en el artículo primero, apartado 5º LORC, cuando dispone que, a falta de consentimiento del concursado, la autorización judicial de entrada y registro habrá de basarse en la existencia de indicios racionales de existencia de *documentos de interés para el procedimiento concursal*, que no hayan sido aportados por el concursado.

La existencia previa de dichos indicios, que no meras sospechas o conjeturas, habrán de ser aportados por los propios acreedores personados en la

¹⁵ Cfr. SSTC 189/2004, 22/2003, 10/2002, 283/2000, 8/2000, 94/1999, 126/1995, 50/1995.

¹⁶ Vid. STC 37/1989 y STEDH de 16 de diciembre de 1992 *Asunto Niemietz*.

¹⁷ SSTC 171/1997 y 144/1987.

¹⁸ Sobre esta doble noción de domicilio, Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, 2004, pág. 382 y 385; CABEZUDO BAJO, M.J., *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, 2004, pág. 106.

causa como titulares de un interés legítimo en la eficacia del proceso y, especialmente, por la administración concursal.

En este sentido, el art. 45.2 LC dispone que «*a solicitud de la administración concursal, el Juez acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior*», que establece la obligación del deudor de poner a disposición de la administración concursal los libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad patrimonial.

Ello no obstante, no basta con la existencia de dichos indicios de los que inferir que en el domicilio del concursado existen documentos de interés para el concurso, siendo también preciso, para dotar de legitimidad constitucional a la medida de entrada y registro, que sea necesaria u objetivamente justificada, de tal suerte que no ha de existir otra «alternativa menos gravosa» para el derecho fundamental que posibilite plenamente la consecución de dicho fin sin lesionar el derecho a la inviolabilidad del domicilio¹⁹.

Junto con la búsqueda de documentos que se presuma puedan hallarse en el domicilio del deudor y sean relevantes para el proceso concursal, la LORC también legitima la intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar del concursado cuando la entrada y registro *sea necesaria para la adopción de cualquier otra (medida) procedente*.

En principio, nada hay que objetar a la búsqueda de documentos que sean de interés para el concurso, pero, **entender lícita la intromisión para adoptar otra medida procedente sin especificar cuál pueda ser, constituye una autorización que, en el ámbito del proceso civil, cabe considerar no sólo desproporcionada, sino contraria a la necesaria precisión que debe tener toda Ley de desarrollo de derechos fundamentales** y, desde luego, concluir que debe entenderse prohibida la injerencia salvo para la búsqueda de documentos, única función expresa y autorizada²⁰.

V. LA OBLIGACIÓN DE RESIDENCIA Y EL ARRESTO DOMICILIARIO

La última de las medidas restrictivas de derechos fundamentales contempladas en el artículo primero de la LO 8/2003 hace referencia al deber de residencia del deudor en la población de su domicilio y al arresto domicilia-

¹⁹ Piénsese, a título de ejemplo, en la potestad que se concede al Tribunal, previa solicitud del ejecutante, para poder dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos, personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, con el fin de que hagan entrega de cuantos documentos y datos tengan en su poder y sean relevantes (arts. 590 y 591 LEC). Un comentario a dichos preceptos puede encontrarse en ORTELLS RAMOS, M., *Proceso Civil Práctico* (AA.VV., Director: Vicente Gimeno Sendra), Tomo VII, *op. cit.*, págs. 237-252

²⁰ *Vid.* ASENCIO MELLADO, J.M., *Ley Concursal*, (AA.VV., Coordinadora: Esperanza Gallego Sánchez), Tomo I, *op. cit.*, págs. 507 y 508.

rio, que afectan al derecho a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), así como al derecho a la libertad (art. 17 CE), respectivamente.

En relación con tales medidas, el legislador se limita a señalar que el Juez podrá acordar *«el deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario»*.

La redacción de dicho precepto presenta serias dudas de constitucionalidad, por cuanto no cumple con uno de los presupuestos de carácter común que ha de observarse en toda limitación de derechos fundamentales, cual es el principio de legalidad, **ya que no efectúa concreción alguna de las circunstancias que han de concurrir para que el órgano judicial imponga al deudor la obligación de residir en un determinado lugar**. En consecuencia, no reúne las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho.

Asimismo, el arresto domiciliario del deudor se supedita al incumplimiento o al riesgo de que se incumpla el deber de residencia, **sin referencia alguna a la finalidad pretendida por ambas medidas**. En relación con dicha medida cautelar, la comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado la doctrina del TC, y las circunstancias bajo las que el precepto transcrito permiten acordar el arresto domiciliario, pone de manifiesto, *«prima facie»*, que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda²¹.

En todo caso, con ambas medidas de lo que se trata es de asegurar que el deudor concursado y los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada estarán permanente y fácilmente localizables por el Juzgado y por la administración concursal durante la tramitación del procedimiento y que, además, estarán cercanos a aquél y, en consecuencia, con posibilidad de comparecer rápidamente ante él²².

²¹ Tal y como señaló el Pleno del TC en su Sentencia 47/2000, dicha insuficiencia legal bastaría para entender vulnerado el derecho a la libertad del deudor consagrado en el art. 17 CE.

²² En este sentido, la STC 178/1985, de 19 de diciembre, había declarado que: «La necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda y por el tiempo indispensable ... es una causa legítima para limitar su libertad. Pero esta limitación ha de ser proporcionada al fin que la justifique. Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. En este sentido, el arresto carcelario es incompatible con el art. 17.1 CE, pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra.

Hubiera sido conveniente haber previsto expresamente la adopción de medidas intermedias entre el deber de residencia y la plena libertad ambulatoria, como podrían serlo la prohibición de abandonar el territorio nacional o comunitario y la retirada del pasaporte, medidas que, tanto por la falta de previsión específica en la LORC, como por la imposibilidad de aplicación analógica de la nueva regulación de la prisión provisional y, en concreto, del art. 530 LECrim., no podrán ser adoptadas por el Juez del concurso²³.

Asimismo, y debido también a la suficiente precisión que debe tener toda Ley de desarrollo de derechos fundamentales, la única medida que el Juez puede adoptar en el caso de incumplimiento por el deudor del deber de residencia es, a mi entender, el arresto domiciliario, y ello aun cuando el artículo primero.1.2^a disponga que, ante dicha eventualidad, el «*juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias*».

VI. ASPECTOS PROCESALES

1. Momento procesal para su adopción

El momento procesal a partir del cual el Juez del concurso puede adoptar alguna de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, anteriormente estudiadas, varía en función del tipo de concurso ante el que nos encontremos: tratándose de concurso necesario, podrán ser adoptadas desde el mismo instante de la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso realizada por cualquiera de los acreedores; si, por el contrario, es el deudor quien solicita la declaración de concurso, habrá que esperar al momento de la declaración del concurso para que puedan ser acordadas, y ello con independencia de que rija un régimen de suspensión o de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio.

No existe un trámite concreto y preclusivo para la adopción de dichas medidas, por cuanto pueden adoptarse «en cualquier estado del procedimiento», siempre y cuando sean idóneas en la fase en que se adopten y resulten proporcionadas.

²³ Cfr. STC 169/2001; CARRERAS MARAÑA, J.M., Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado. Análisis del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, *op. cit.*, pág. 277; ASECIO MELLADO, J.A., Ley Concursal, (AA.VV., Coordinadora: Esperanza Gallego Sánchez), Tomo I, *op. cit.*, págs. 512 y 513. En contra, BERCOVITZ considera que, aun cuando el artículo 1.1.2^o se refiere sólo a un deber de residencia, la medida puede extenderse a cualquier limitación de la libertad de circulación. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal* (AA.VV., Director: Bercovitz Rodríguez Cano, R.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 2429.

2. Legitimación

La **legitimación activa** para solicitar del Juez Mercantil alguna medida de las contempladas en la LORC también varía en función del momento concursal en que se efectúe dicha solicitud: si tiene lugar una vez admitida a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario, podrán ser acordadas *a instancia del legitimado para instarlo*²⁴; si, por el contrario, la petición sucede con posterioridad a la declaración de concurso, y tanto en los supuestos de concurso necesario como voluntario, la legitimación se amplía notablemente, pudiendo ser acordadas *de oficio o a instancia de cualquier interesado*.

Sin perjuicio de que resulte nuevamente censurable la poca concreción que efectúa el legislador en este sentido, considero que el inciso «cualquier interesado» ha de interpretarse en un sentido lo suficientemente amplio para entender incluido en su ámbito de aplicación no sólo a la administración concursal, cuya legitimación para solicitar del Juez del concurso cualquier medida, sea o no limitativa de derechos fundamentales, está fuera de toda duda (art. 45.2 LC), sino también a cualquier sujeto que acredite interés legítimo en la adopción de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, interés que vendrá acreditado en la medida en que sus derechos o legítimas expectativas puedan depender de la normal tramitación del proceso concursal, a cuya finalidad coadyuvan tales medidas.

Tienen, pues, interés cualquier acreedor, aun cuando no sea de los que hayan solicitado la declaración de concurso, tanto concursal como de la masa activa, así como los responsables en cualquier grado de las deudas del patrimonio concursal: socios, administradores, liquidadores, cónyuge, los fiadores del deudor y el propio deudor persona jurídica²⁵.

En cuanto a la legitimación del Ministerio Fiscal para solicitar la adopción de las medidas objeto de estudio, creemos que dicho órgano público la tendrá

²⁴ En tales casos de concurso necesario, los sujetos legitimados para instar el concurso son, con carácter general, los acreedores del deudor, excepción hecha del acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento.

Junto a los acreedores del deudor común, están también legitimados: a) tratándose de una persona jurídica, los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella; b) los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia, si se trata de la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente; c) la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para solicitar la declaración de concurso de las empresas de servicios de inversión, siempre que de los estados contables remitidos por las entidades, o de las comprobaciones realizadas por los servicios de la propia Comisión, resulte que se encuentran en estado de insolvencia (art. 76 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, redactado por la D.F. 18^a de la LC) y d) el Consorcio de Compensación de Seguros, en el caso de concurso de una entidad aseguradora (art. 37.5 y 6 LOSSP).

²⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., Comentarios a la Ley Concursal, (AA.VV.), *op. cit.*, pág. 2420.

en dos supuestos: de un lado, cuando inste la declaración de concurso en representación de algunas de las personas cuya defensa le venga legalmente atribuida y, de otro, cuando se decrete la apertura de la sección sexta de calificación del concurso y precise de alguna de tales medidas restrictivas en orden a emitir el dictamen a que se refiere el art. 169 LC, en el que habrá de pronunciarse sobre la calificación del concurso, como fortuito o culpable, determinando también, en este último caso, la identidad de las personas que resulten afectadas por la calificación.

La **legitimación pasiva** la ostenta, para la totalidad de las medidas, tanto el deudor persona natural, como los administradores o liquidadores, si se tratare del concurso de una persona jurídica y, para las restricciones relacionadas con la intervención de las comunicaciones, así como, en determinados supuestos, con la entrada y registro del domicilio también la persona jurídica deudora; no en cambio el deber de residencia, ni el arresto domiciliario que, por su propia naturaleza y función, tan sólo son predicables de las personas físicas.

Como se ha señalado, tratándose del concurso de una persona jurídica, el artículo primero, apartado 2 LORC admite la posibilidad de que el Juez pueda adoptar alguna de las medidas contempladas en dicho texto respecto de todos o algunos de los administradores o liquidadores tanto actuales, como de los que lo hubieran sido en los dos años anteriores a contar desde la fecha de solicitud de declaración de concurso.

Dicho precepto exige efectuar algunas matizaciones con el fin de resolver algunos interrogantes que se suscitan en relación con su ámbito de aplicación.

En primer lugar, en relación con el *dies a quo* para el cómputo de los dos años, surge la duda de si ha de computarse desde el Auto de declaración de concurso o si, por el contrario, es el momento de la presentación de la solicitud el que ha de tenerse en consideración. A mi entender, la dicción de la Ley es lo suficientemente clara para considerar el momento de la presentación de la solicitud como el elemento temporal que haya de tenerse en cuenta para el cómputo del plazo de los dos años anteriores a los efectos de determinar los administradores o liquidadores que, a pesar de haber cesado en el cargo, puedan ser sujetos pasivos de medidas limitativas por haber ostentado dichas funciones y disponer de información trascendente para el proceso concursal, lo que exigirá una especial motivación.

Admitido lo anterior, y habida cuenta de que no se establece distinción alguna, creemos de aplicación lo dispuesto en dicho precepto tanto a los administradores o liquidadores de derecho, como de hecho²⁶, esto es, a los que, sin

²⁶ En este sentido, señala BERCOVITZ: «Cierta que, tratándose de un supuesto de limitación de derechos fundamentales, debe aplicarse una interpretación restrictiva. Pero, por encima de ese criterio, debe predominar una interpretación sistemática y finalista, de acuerdo con la cual carecería de sentido extender la responsabilidad a los administradores y liquidadores de hecho en los términos en que lo hace la Ley concursal (vgr. arts. 48.3, 93.2.2º y 172.3 LC), y, sin embargo, excluirlas de la aplicación de estas medidas, cuya finalidad en úl-

ocupar formalmente el cargo, de hecho controlan y gobiernan la sociedad, sustituyendo a los administradores o ejerciendo sobre ellos una influencia decisiva, gestionando y representando sin superior jerárquico real.

Mayores problemas plantea la resolución de si resulta o no posible la limitación de los derechos fundamentales de los representantes legales del concursado, cuando éste fuera un menor de edad o incapacitado.

Un sector de la doctrina entiende, efectuando una interpretación lógica y finalista del precepto, que no existe inconveniente alguno para entender que tales representantes legales puedan ser también sujetos pasivos de medidas limitativas en los mismos supuestos y dentro del plazo de los dos años previsto legalmente para los administradores y liquidadores de la persona jurídica, por cuanto la referencia legal a éstos últimos obedece a un descuido del legislador, que parece haber tenido en cuenta únicamente el caso paradigmático de actuación de sujeto (persona jurídica) por medio de otro (persona física), sin haberse percatado de que hay otros sujetos (menores o incapacitados) que también precisan actuar por medio de representante, quien puede obstaculizar la tramitación del procedimiento ocultando documentos o fugándose, exactamente igual que los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica.

Ello no obstante, no es menos cierto que las normas que establezcan limitaciones de derechos, y más aún de derechos fundamentales, tienen que ser interpretadas restrictivamente, por lo que la aplicación analógica de esta norma, por muy lógica y razonable que sea, a unos sujetos no contemplados expresamente, y, en este caso, la LORC nada prevé sobre los representantes legales del deudor cuando éste sea una persona natural, resulta de dudosa constitucionalidad.

3. Procedimiento y recursos

La tramitación procesal, previa a la adopción de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, es muy sencilla, ya que se limita a la preceptiva audiencia del MF, a quien, como es sabido, le corresponde velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 3.3 EOMF), y a su adopción mediante resolución motivada, que ha de revestir la forma de auto, en la que se ha de efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger.

tima instancia está estrechamente relacionada con dicha responsabilidad, puesto que con ellas se pretende evitar perjuicios al patrimonio concursal y, consecuentemente, perjuicio a sus acreedores». Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., Comentarios a la Ley Concursal, (AA.VV.), op. cit., pág. 2420.

Contra los autos que acuerden las medidas, cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días ante la Audiencia Provincial, que se tramitará con carácter preferente, pero que no tendrá efecto suspensivo. Si, por el contrario, el Auto es desestimatorio, no se admite recurso alguno.

CONCLUSIONES

I. La regulación contenida en la LORC en materia de limitación de derechos fundamentales del deudor concursado supone una mejora notable en relación con la prevista en la LEC de 1881 y C.Com. de 1829, no sólo porque se haya unificado en único texto legal toda la regulación, sino muy especialmente porque se ha suprimido el efecto automático y represivo que presentaban tales medidas en la normativa anterior, teniendo ahora como único objetivo asegurar el cumplimiento de los fines del concurso.

II. Ello no obstante, la LORC adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales que hace que los requisitos de certeza y seguridad, inherentes al principio de legalidad y exigidos por la jurisprudencia del TEDH para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, no se hallen en ocasiones cumplidos, lo que plantea serias dudas en cuanto a su constitucionalidad.

La remisión expresa que se efectúa en materia de intervención de comunicaciones telefónicas a la LECrim., la previsión legal de adopción de la medida de entrada y registro cuando sea necesaria *«para la adopción de cualquier otra»* o de que el Juez pueda acordar *«las medidas que considere necesarias»*, en caso de que el deudor incumpliera el deber de residencia, unido a la vaga e imprecisa regulación que se efectúa en cuanto a los criterios de limitación en la duración de las medidas, constituyen claros ejemplos de dicha falta de concreción.

III. La descuidada regulación que se efectúa de determinados aspectos formales compromete la eficacia real de la Ley, haciendo muy difícil el cumplimiento de su finalidad genuina y legítima, esto es, garantizar el normal desarrollo del procedimiento concursal. En este aspecto, resulta inexplicable la omisión que efectúa el legislador de los representantes legales del concursado (p.ej. un menor o un incapaz), así como de los administradores de hecho de la persona jurídica como sujetos destinatarios de las medidas.

IV. El legislador en su afán de suprimir los efectos represivos del concurso y establecer únicamente los necesarios para el buen fin del mismo, dada la unánime crítica que había suscitado la regulación anterior en el aspecto referente al arresto del quebrado, parece haber querido facultar al órgano judicial para adoptar medidas menos gravosas, olvidando, sin embargo, que, en una materia que afecta a derechos fundamentales, cualquier medida limitativa debe estar expresamente prevista en la Ley y, en este punto, la falta de previsión de medidas intermedias entre el deber de residencia y arresto domiciliario comporta la imposibilidad de adoptarlas.

V. Por todo ello, y debido al gran margen de libertad que otorga la LORC al Juez de lo Mercantil, la labor del MF y la AP será especialmente importante en cuanto al control coetáneo y *a posteriori* de las resoluciones dictadas en materia de restricción de derechos fundamentales por dicho órgano concursal.

JURISPRUDENCIA

Junta Universal y Orden Público (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010)

Aranzazu Pérez Moriones
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Recibido: 02.11.2011
Aceptado: 21.11.2011

Resumen: El artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital regula la llamada “junta universal”, es decir, aquella respecto de la cual no se han cumplido previamente los requisitos de convocatoria legalmente exigidos por los artículos 173 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, pero que se considera convocada y válidamente constituida siempre que se encuentre reunido todo el capital social y se haya aceptado por unanimidad dicha reunión. En sentencia de 19 de abril de 2010, el Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento del requisito de la presencia de todo el capital social vulnera el orden público, lo que conlleva que dicho acuerdo social no caduca, por lo que puede ser impugnado en cualquier momento. De este modo, el Tribunal Supremo realiza una nueva aportación en la construcción de la noción de orden público en el ámbito societario.

Palabras clave: sociedad anónima, junta universal, requisitos, orden público.

Abstract: *Article 178 of the Spanish Companies Act regulates “universal shareholders meeting”, that exists when a shareholders meeting doesn’t fulfill the requirements legally required under Articles 173 and following of the Companies Act, but it is considered called and formed if the whole share capital has met and all the shareholders have accepted the meeting unanimously. In Judgement 19th April 2010, the Supreme Court understands that failure to comply with the requirement of the presence of all the social capital violates the public order, which involves that social agreement doesn’t expire, so it can be challenged at any time. Thus, the Supreme Court makes a new contribution to the construction of the notion of “public order” in corporation sphere.*

Key words: *corporation, universal shareholders meeting, requirements, public order.*

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. *Excursus:* la celebración de junta con carácter de universal. 2.1 Fundamento. 2.2. Requisitos. 2.2.1. La presencia de la totalidad del capital social. 2.2.2. La aceptación por unanimidad de la celebración de la junta. 3. La impugnación de acuerdos sociales. 3.1. Fundamento. 3.2. La impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público. 3.3. En particular, el incumplimiento del requisito de la presencia de la totalidad del capital social en tanto supuesto de vulneración del orden público. 4. Conclusiones

1. PLANTEAMIENTO

En la crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo del año judicial 2009-2010 se incluye como única sentencia destacada en materia de Derecho de sociedades la dictada con fecha 19 de abril de 2010¹, en la que se declara la nulidad de varias juntas celebradas con el carácter de universal al no concurrir la totalidad del capital social. La decisión adoptada por el Alto Tribunal resulta lógica, dado que uno de los requisitos que se han de satisfacer para poder celebrar válidamente juntas universales es la presencia –o, en su caso, representación– de la totalidad del capital social. Con todo, la trascendencia de la sentencia radica en la consideración de que la celebración de junta universal sin encontrarse presente la totalidad del capital social vulnera el orden público, lo que conlleva que dicho acuerdo social no caduca, por lo que puede ser impugnado en cualquier momento. Como es conocido, los plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales dependen de la naturaleza de la pretensión, ya sea de nulidad o de anulabilidad: un año para los acuerdos nulos y cuarenta días para los acuerdos anulables. Ahora bien, la LSC excluye de esta regla a los acuerdos que por su causa o contenido resultan contrarios al orden público. Por tanto, los acuerdos sociales que violan el orden público pueden ser impugnados siempre, ya que no quedan sometidos al plazo de caducidad de un año, previsto para los acuerdos nulos. Son numerosas las ocasiones en que se ha ejercitado la pretensión de nulidad de un acuerdo social con base en una pretendida vulneración del orden público para, de este modo, evitar la aplicación del plazo de caducidad de un año. Sin embargo, desde que entró en vigor la LSA 1989, el Tribunal Supremo, en la mayoría de las ocasiones, ha declarado que el acuerdo impugnado no era contrario al orden público². De ahí la importancia que presenta la sentencia de 19 de abril de 2010, la cual nos va a servir como punto de partida para analizar, por un lado, el fundamento de la junta universal y los requisitos exigidos legalmente para su celebración –los cuales presentan una mayor problemática que la que, en una primera aproximación, pensamos encontrar– y, por otro lado, para reflexionar acerca de la impugnación de acuerdos sociales y, en particular, acerca del concepto de orden público en el ámbito societario. Tén-

¹ Ver STS de 19 de abril de 2010, Ref. Aranzadi nº 3538.

² Así, SSTs de 18 de mayo de 2000, Ref. Aranzadi nº 3934; de 26 de mayo de 2000, Ref. Aranzadi nº 4394; de 5 de febrero de 2002, Ref. Aranzadi nº 1600; de 4 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi nº 2421; de 3 de abril de 2003, Ref. Aranzadi nº 2769; de 29 de septiembre de 2003, Ref. Aranzadi nº 6829; de 15 de julio de 2004, Ref. Aranzadi nº 4688; de 15 de noviembre de 2004, Ref. Aranzadi nº 7231; de 17 de febrero de 2005, Ref. Aranzadi nº 1303; de 24 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi nº 1233; y de 21 de febrero de 2006, Ref. Aranzadi nº 827. En cambio, en sentencia de 29 de noviembre de 2007, Ref. Aranzadi nº 32 /2008, el TS entiende contrario al orden público el acuerdo social por el que se donaban terrenos y edificaciones que constituían el principal activo de la sociedad, al ser adoptado con grave lesión de los derechos de los accionistas.

gase presente que la delimitación de qué debe entenderse por orden público no resulta una tarea fácil, dada la propia indeterminación del término y la parquedad con la que se manifiesta la LSC. Consecuencia de ello es que son doctrina y jurisprudencia quienes han asumido la labor de definir el concepto de orden público, que, en el marco específico de la impugnación de acuerdos sociales, presenta una especial importancia. No podemos olvidar que la calificación de un acuerdo social como contrario al orden público conduce a la inaplicación del plazo de caducidad de un año, por lo que el mismo puede ser impugnado en cualquier momento, con las consecuencias que de esta actuación se derivan.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010 tiene su origen en la demanda de impugnación de acuerdos sociales presentada el día 12 de marzo de 2003 por dos de los cuatro socios de la mercantil “Te Andamios, S.A.”, con la finalidad de declarar la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en las juntas universales celebradas los días 30 de marzo de 1992, 30 de junio de 1995, 29 de junio de 1996, 30 de junio de 1998, 30 de junio de 1999, 30 de junio de 2000 y 30 de junio de 2001. En concreto, en la junta universal de 30 de marzo de 1992 se adoptan los acuerdos de ampliar el capital social a 10 millones de pesetas, cambiar el domicilio social, adaptar los estatutos a la nueva legislación y sustituir el sistema solidario de administración por el de un administrador único. Ante esta situación, los demandantes alegan que, al no haber asistido a ninguna de las juntas universales, no cabe considerarlas celebradas y, por ello, los acuerdos adoptados en ellas son nulos y, en todo caso, contrarios al orden público. El Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid dicta sentencia el día 5 de junio de 2003, en la que declara la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en las juntas mencionadas y ordena que se reponga la situación societaria al momento en el que se encontraba cuando se celebró la junta extraordinaria universal de fecha 30 de marzo de 1992, de modo que los demandantes puedan ejercitar su derecho de suscripción preferente proporcionalmente al valor nominal de las acciones que poseían con anterioridad a la celebración de aquella junta. La representación de “Te Andamios, S.A.” interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que, en sentencia de 11 de mayo de 2005, confirma en su integridad los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia.

Con posterioridad, la mercantil interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, con base en dos motivos: por un lado, la infracción del art. 116.1 y 3 LSA 1989 –actual art. 205 LSC–, dado que la acción de impugnación había caducado cuando se interpuso la demanda, por haber vencido el tiempo establecido para los actos nulos y no ser los acuerdos contrarios al orden público; por otro lado, la infracción del art. 7 Cc y del art. 247 LEC, ya que la pretensión deducida era contradictoria con el comportamiento anterior de los demandantes y debía ser desestimada por aplicación de la regla “venire contra actum proprium”. En contestación al primer motivo –sobre el que, por otra parte, recaen las observaciones contenidas en este trabajo–, el Tribunal

Supremo recuerda que “(E)l término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas –sentencia de 21 de febrero de 2006–”. Igualmente, añade que “(E)ntre las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario –sentencia de 26 de septiembre de 2007–” y que “(L)as mismas son reflejo, en efecto, de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata –sentencias de 28 de noviembre de 2005 y 29 de noviembre de 2007–”. Por ello, aquel concluye que “la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 –la presencia de todo el capital– se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público –sentencias de 29 de septiembre de 2003, 30 de mayo y 19 de julio de 2007–, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados –sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2007, no obstante la de 18 de mayo de 2000–, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”. El rechazo de los dos motivos esgrimidos por la sociedad conduce a que el Alto Tribunal declare no haber lugar al recurso en sentencia de 10 de abril de 2010³.

2. EXCURSUS: LA CELEBRACIÓN DE JUNTA CON CARÁCTER DE UNIVERSAL

2.1. Fundamento

La Ley de Sociedades de Capital –en adelante, LSC– exige el cumplimiento de una serie de requisitos para la válida convocatoria de junta general, que afectan a la forma, al contenido y al plazo previo de dicha convocatoria. Precisamente, algunos de estos requisitos han sido recientemente objeto de reforma mediante Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma

³ En relación con el segundo motivo alegado por la parte recurrente, el TS sostiene que “la sociedad recurrente pretende servirse de la referida doctrina para unos fines distintos de aquellos para los que fue elaborada. En efecto, por un lado, ataca la valoración de la prueba sobre la asistencia de los demandantes a las juntas declaradas nulas y sobre su participación en la ejecución de los acuerdos en ellas adoptados –en particular, en la ampliación de capital, supuestamente acordada en la primera de las impugnadas–, lo que el recurso no tolera. Por otro lado, señala como actos propios de los actores unos comportamientos que no permiten tal calificación –como el consistente en no haber sido impugnadas en la demanda alguna otra junta universal supuestamente celebrada–. Y, por último, pretende la aplicación de una excepción a la doctrina antes expuesta, cual la de tratarse de una sociedad de tipo familiar, sin ningún fundamento –sobre ello, sentencia de 29 de septiembre de 2003–.

parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas⁴. Se trata de requisitos de Derecho necesario, de tal manera que su incumplimiento conlleva la invalidez de la convocatoria y, lógicamente, la nulidad de los acuerdos adoptados. Pero, al mismo tiempo, son requisitos mínimos, de modo que, por vía estatutaria, cabe exigir la observancia de otros requisitos de convocatoria, en cuyo caso, el cumplimiento de los mismos es igualmente necesario. La razón última de la exigencia de convocatoria no es otra que facilitar que todos los socios tengan conocimiento de la celebración de la junta general, así como de los asuntos que se van a tratar, para, de este modo, poder asistir y decidir la orientación que van a adoptar en ella. De hecho, la única excepción a esta regla general es el supuesto de junta universal, la cual carece de convocatoria o, al menos, de convocatoria *ex arts.* 173 y ss. LSC, ya que, en la práctica, las juntas universales suelen ir precedidas de una convocatoria o aviso informal. En efecto, resulta sumamente improbable –aunque no imposible– la reunión espontánea de todos los socios, que conduzca a la reunión en junta con carácter de universal una vez que hayan aceptado por unanimidad su celebración.

El art. 178 LSC regula la llamada “junta universal”, es decir aquella respecto de la cual no se han cumplido previamente los requisitos de convocatoria legalmente exigidos por los arts. 173 y ss. LSC, pero que se considera convocada y válidamente constituida siempre que se encuentre reunido todo el capital social y se haya aceptado por unanimidad dicha reunión. Con todo, la admisión de esta modalidad de junta no implica un debilitamiento de la inderogabilidad de las normas reguladoras de las formalidades de la convocatoria, ya que estas han de ser respetadas en todos los demás supuestos que no sean el de junta universal⁵. En último término, la razón de que en este caso concreto no se plantee la necesidad de cumplir los requisitos de convocatoria radica en que la finalidad que se persigue mediante su exigencia –es decir, el conocimiento por parte de todos los socios de la celebración de la junta y de los asuntos a tratar en ella–, queda satisfecha como consecuencia del cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 178 LSC. En este sentido, la LSC

⁴ Ver Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, *Boletín Oficial del Estado*, 2 de agosto de 2011, n° 184, pág. 87462. En relación con dicha reforma, ver las observaciones de PÉREZ MORIONES, A., “Observaciones en materia de convocatoria de Junta General de Sociedades de Capital tras la nueva reforma de la Ley de Sociedades de Capital”, *La Ley*, n° 7713, 2011, 11 de octubre de 2011.

⁵ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^º, *La Junta general de accionistas (Arts. 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1992, pág. 101.

supedita la celebración de junta universal a la concurrencia de dos requisitos, que han de ser cumplidos de modo conjunto. Es más, aunque la propia redacción legal no deja duda alguna al utilizar una conjunción copulativa –“y”–, el TS ha reiterado esta circunstancia en distintas ocasiones⁶. Recuérdese que dichos requisitos son: i) que esté presente o representado todo el capital social; y ii) que los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la junta. Como fácilmente se deduce, estas exigencias únicamente se pueden satisfacer en sociedades con un número de socios reducido, es decir, en sociedades “cerradas”. Pero, además de ser poco numerosos, tales socios normalmente disfrutaban de una relación fluida entre ellos. De hecho, el distanciamiento entre socios o, incluso, los cambios en las relaciones personales suelen llevar aparejadas situaciones de litigiosidad en materia de junta universal, tal y como queda confirmado en distintos pronunciamientos jurisprudenciales.

Por lo demás, con excepción de los requisitos expresamente exigidos en esta materia, la junta universal queda regida por las mismas normas que cualquier junta normalmente convocada –presidencia, derecho de información de los accionistas, deliberación y adopción de acuerdos, acta, etc.⁷–. Así, atendiendo a la redacción del art. 178 LSC, la junta universal puede tratar “cualquier asunto”, es decir, toda materia incluida dentro de la competencia de la junta, tanto ordinaria como extraordinaria⁸. La única salvedad que es necesari-

⁶ Véanse, entre otras, SSTs de 27 de octubre de 1964, Ref. Aranzadi nº 4734; de 14 de marzo de 1985, Ref. Aranzadi nº 1164; de 5 de marzo de 1987, Ref. Aranzadi nº 1416; de 30 de abril de 1988, Ref. Aranzadi nº 3329; de 28 de febrero de 1989, Ref. Aranzadi nº 1407; de 23 de diciembre de 1997, Ref. Aranzadi nº 9189; o de 29 de diciembre de 1999, Ref. Aranzadi nº 9619. En el mismo sentido, la STS de 21 de octubre de 1994, Ref. Aranzadi nº 7678, considera “radical” la nulidad de la junta universal por falta de unanimidad de todos los accionistas.

⁷ Como apuntan URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 108.

⁸ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 109; y OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime* en la Junta universal de la sociedad anónima”, en *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1239; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General en las sociedades de capital*, 1ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 157 y 171; y GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, 1ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2011, pág. 1289.

De hecho, como señala OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime...*”, en *Estudios Sánchez Calero*, Volumen II, ob. cit., págs. 1238 a 1240, precisamente la STS de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi nº 4282, se sirve de una interpretación errónea de la expresión “para tratar cualquier asunto”, ya que la identifica con innecesaria sujeción a un orden del día determinado, por lo que dicho pronunciamiento concluye que el requisito de la aceptación unánime debe recaer únicamente sobre la celebración en sí de la junta universal y no sobre los asuntos a tratar en ella, al no quedar vinculada a orden del día alguno –según su propia interpretación de aquella expresión–. En este sentido, la mencionada Sentencia afirma que “...la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto (y por lo tanto no vinculada materialmente a ningún restrictivo orden del día o mención concreta de “asuntos a tratar”) siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta”.

rio realizar es que, a diferencia de la junta normalmente convocada, que, salvo disposición en contra de los estatutos, tiene que celebrarse en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio –art. 175 LSC–, la junta universal puede reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero, tal y como queda confirmado por el art. 178.2 LSC. De hecho, con anterioridad a la Ley actualmente en vigor, doctrina y jurisprudencia ya entendían que la junta universal podía celebrarse en cualquier lugar, dados los términos tan amplios en que se manifestaba el art. 99 LSA 1989, a lo que se añadía la circunstancia de que, en el caso de celebración de junta universal, no concurre la necesidad de protección de los accionistas, al encontrarse presente –o, en su caso, representado– todo el capital social⁹. Precisamente, esta circunstancia ha sido esgrimida por cierto sector doctrinal en defensa de la validez de la junta universal virtual, siempre y cuando exista comunicación simultánea y bidireccional entre los participantes en la misma –por ejemplo, multiconferencia telefónica o “chat”–¹⁰.

El cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 178 LSC para la válida celebración de junta universal suscita distintos interrogantes, debido en gran medida a la defectuosa redacción de la norma¹¹; circunstancia que justifica dedicar unas observaciones a los mismos, así como a algunos de los prin-

⁹ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 108 y 109; o DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n^o 3, 1994, pág. 197. No así para RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2^a ed., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, pág. 193. Igualmente, ver SSTs de 25 de noviembre de 1967, Ref. Aranzadi n^o 4770; de 23 de noviembre de 1970, Ref. Aranzadi n^o 4885; y de 25 de abril de 1978, Ref. Aranzadi n^o 1456.

¹⁰ En este sentido, MUÑOZ PAREDES, J. M^a., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas generales y de los Consejos de administración*, 1^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 205 y 206, y “Ejercicio a distancia de los derechos de socio en la Junta General de Sociedades cerradas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n^o 27, 2006, pág. 323. No así para VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 22^a ed., Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 541, que entiende que el legislador debería admitir la junta universal virtual, pero la impide con la exigencia de reunión física en la localidad del domicilio social.

¹¹ A esta circunstancia se refieren tanto SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime de celebrar Junta universal en la sociedad anónima. Aspectos materiales y formales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n^o 105, 2007, págs. 32 y 33, como FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente la regulación de la Junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2006, págs. 1321 y 1322, que ha propuesto una interpretación correctora de la misma, al sostener que la que la correcta redacción del art. 99 LSA debería haber vinculado la validez de la junta universal a la concurrencia de todos aquellos que poseen derecho de asistencia –y no a la presencia de todo el capital social– y que la exigencia del segundo requisito –unanimidad a la celebración de la reunión– omite la necesidad de llegar a un acuerdo previo respecto de las materias que han de ser tratadas en la junta.

principales problemas que surgen con ocasión de su obligado cumplimiento. Ahora bien, esta circunstancia negativa no ha dificultado el indudable éxito de las juntas universales en la práctica societaria. En este sentido, el procedimiento de junta universal conlleva un claro ahorro económico al eludir el coste de los anuncios en diarios; constituye un recurso óptimo frente a la imposibilidad de realizar una convocatoria regular; hace posible remediar las insuficiencias formales de una convocatoria realizada conforme al trámite normal¹² y permite eludir la aplicación de ciertas normas legales o estatutarias que, en determinadas situaciones, pueden resultar incómodas –piénsese, por ejemplo, en el plazo mínimo de un mes o quince días entre publicación del anuncio de convocatoria y celebración, en el plazo mínimo de 24 horas entre primera y segunda convocatoria, en la obligación de nueva convocatoria para reunirse en segunda convocatoria si la primera fracasa y no se ha previsto su celebración en segunda o en la necesidad de que la junta se reúna en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio–¹³. Con todo, la ventaja que tradicionalmente ha presentado la junta universal en tanto forma de evitar los costes económicos derivados de la publicación de la convocatoria ha de ser matizada. En efecto, atendiendo a la nueva redacción del art. 173.1 LSC, las sociedades de capital han de convocar la junta mediante la inserción del anuncio en el BORME y en la página web de la sociedad o, si ésta no existe –o aun existiendo, si así se desea– en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social¹⁴. Pero el art. 173.2 LSC autoriza a sustituir el sistema mencionado por la previsión en los estatutos sociales de que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la

¹² Siempre, evidentemente, que se cumplan los requisitos exigido por el art. 178 LSC para la válida celebración de la junta con carácter de universal, tal y como ocurre en la STS de 29 de diciembre de 1999, Ref. Aranzadi nº 9619.

¹³ En relación con las ventajas de la junta universal, ver, por todos, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1319 y ss.

¹⁴ Como resultado, el sistema de convocar queda condicionado por la existencia o no de página web de la sociedad. Así, en caso de que la sociedad disponga de página web, el anuncio de convocatoria se ha de publicar en el BORME y en la página web de la sociedad y, de forma voluntaria –y cumulativamente a las publicaciones en los medios citados–, aquel se puede publicar en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. Por tanto, la publicación en el BORME y en la página web de la sociedad resulta de obligado cumplimiento, pero no así su publicación en el diario. En cambio, si la sociedad no dispone de página web, el anuncio necesariamente se debe publicar en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. En este caso, tanto la publicación en el BORME como en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia son obligatorias.

sociedad –aunque con carácter voluntario y adicional, la convocatoria se puede publicar en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social–¹⁵. Evidentemente, esta modificación conlleva un importante ahorro económico para las sociedades de capital, aunque los requisitos fijados en la LSC en materia de contenido y plazo previo de convocatoria –arts. 174 y 176 LSC–, así como respecto del lugar de celebración de la junta –art. 175 LSC–, habrán de ser necesariamente respetados; obligatoriedad de la que se exime en caso de que la junta sea celebrada como universal.

2.2. Requisitos

2.2.1. *La presencia de la totalidad del Capital Social*

El necesario cumplimiento del requisito de la “presencia de la totalidad del capital social” plantea distintos interrogantes, en particular: i) si la presencia del capital social ha de ser personal o es admisible la representación; ii) el modo en que se satisface el mencionado requisito en supuestos de disgregación entre propiedad de la cuota del capital social y legitimación para el ejercicio de los derechos de socio, limitaciones al ejercicio personal del derecho de asistencia, limitaciones estatutarias al ejercicio del derecho de asistencia y privación del derecho de voto con muy distinto origen –acciones sin voto o accionistas morosos–; y iii) la trascendencia de la concurrencia en la junta de otras personas no socios, que pueden o deben asistir a dicha reunión.

La primera cuestión que se suscita en relación con la satisfacción del requisito de “la totalidad del capital social” no es otra que la admisibilidad o no de la representación de los accionistas en la celebración de junta universal, dado que en la redacción inicial tanto de la LSA 1951 como de la LSA 1989 no se hacía referencia expresa a esta posibilidad. Y aunque, en un primer momento, cierto sector doctrinal consideró incompatible el concepto mismo de junta universal –entendida como reunión espontánea de accionistas– con la posibilidad de otorgar poder de representación debido al obligado cumplimiento de los requisitos exigidos a tal efecto por la propia LSA, un análisis posterior de la práctica societaria –que constató que, en general, la celebración de junta universal solía venir precedida de una convocatoria siquiera informal–, unido a distintos pronunciamientos favorables por parte del TS y de la

¹⁵ Por tanto, si los socios de una sociedad de capital hacen uso de la autorización contenida en el art. 173.2 LSC, desaparece la tradicional forma de publicar la convocatoria de junta general en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia del domicilio social, ya que es suficiente con su publicación en la página web de la sociedad o, incluso, ni siquiera esta última, si aquellos optan por establecer un procedimiento de comunicación, individual y escrita, siempre que se asegure su recepción por todos los socios.

DGRN¹⁶, condujo a la admisión doctrinal generalizada de que el requisito de la presencia de todo el capital social queda satisfecho tanto si el capital social se encuentra físicamente presente como si se encuentra representado¹⁷. Con posterioridad, esta interpretación del requisito de la presencia de la totalidad del capital social ha quedado expresamente confirmado por la redacción del párrafo primero del art. 178 LSC –“...siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social”–. En efecto, la celebración de reuniones de junta espontáneas o casuales es casi inexistente, ya que suelen estar programadas atendiendo a las circunstancias –por ejemplo, inmediatamente después al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad– o están precedidas de convocatorias informales o no ajustadas a lo exigido legal y/o estatutariamente¹⁸. Con todo, la jurisprudencia exige poder válido por parte del representante con las correspondientes instrucciones en su caso, lo que implica que el representado debe haber tenido previamente noticias fidedignas del orden del día para así impartir al primero órdenes respecto del ejercicio del derecho de voto¹⁹.

¹⁶ Ver SSTs de 8 de mayo de 1962, Ref. Aranzadi n° 2195, y comentario a la misma de MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *Revista de Derecho Mercantil*, 1962, 2, págs. 168 y ss.; de 30 de mayo de 1975, Ref. Aranzadi n° 2240; de 30 de octubre de 1985, Ref. Aranzadi n° 5134; de 5 de marzo de 1987, Ref. Aranzadi n° 1416; de 16 de marzo de 1990, Ref. Aranzadi n° 2302; de 17 de febrero de 1992, Ref. Aranzadi n° 1259; de 23 de diciembre de 1997, Ref. Aranzadi n° 9189; de 14 de marzo de 1998, Ref. Aranzadi n° 1488; o de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi n° 4282; y RRDGRN de 4 de mayo de 1981, Ref. Aranzadi n° 2183; de 16 de marzo de 1990, Ref. Aranzadi n° 2302; de 20 de noviembre de 1995, Ref. Aranzadi n° 8413; de 7 de febrero de 1996, Ref. Aranzadi n° 1026; de 5 de marzo de 1997, Ref. Aranzadi n° 2032; y de 27 de octubre de 1998, Ref. Aranzadi n° 8158.

¹⁷ Así, MUÑOZ PLANAS, J. M^a., “Comentario a la STS...”, ob. cit., págs. 168 y 169; RUBIO, J., *Curso de Derecho...*, 2^a ed., ob. cit., pág. 193; VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 540; LÓPEZ CERECEDA, E., “Comentario a la Sentencia de 30 de octubre de 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, pág. 3040; o DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., págs. 197 y ss.

Además, para un análisis más profundo sobre la representación en el marco de las juntas universales, ver SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 16 y ss.; o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., págs. 163 y ss.

¹⁸ Ver FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1313. En un sentido similar, SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 16 y 17 o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., págs. 156 y 157. En efecto, como señala GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., ob. cit., pág. 1287, “...la junta universal no es tanto una junta sin convocatoria como una junta convocada al margen de la forma prevista legalmente”.

¹⁹ Así, SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., pág. 17; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1309 y 1310, que califica de “dudosa” esta exigencia jurisprudencial; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, 1^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 32; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1291.

Tal y como hemos señalado, también se pueden plantear problemas en los supuestos de disgregación entre propiedad de la cuota del capital social y legitimación para el ejercicio de los derechos de socio: usufructo o prenda de acciones en los que el ejercicio exclusivo de los derechos sociales está atribuido estatutariamente al usufructuario o acreedor pignoraticio. Mientras que cierto sector doctrinal sostiene la necesidad de la asistencia conjunta de nudo propietario y del titular del derecho real, correspondiéndole a este último votar para la celebración de la junta universal²⁰, otro sector doctrinal opina que podría establecerse en los estatutos que la constitución de junta universal requiera el consentimiento de los acreedores pignoraticios²¹ e, incluso, se ha defendido que es suficiente la presencia del usufructuario o acreedor pignoraticio²². Recientemente, una última opinión parte del reconocimiento de que no tiene sentido que para celebrar junta universal el propietario de las acciones tenga que participar concurriendo y aceptando previamente la celebración de aquélla, y aboga por que, en estos casos, debería indicarse que el consentimiento exigido por el art. 178 LSC ha de ser prestado por el legitimado para el ejercicio de los derechos sociales, salvo que los estatutos exijan la concurrencia de ambas voluntades; si bien hasta que se produzca dicha modificación la solución pasa por entender que lo que la Ley exige es la presencia, por el medio que sea, de todos los accionistas o sus representantes legales²³.

Por el contrario, existe un consenso doctrinal mayor en la interpretación que debe darse a este requisito en los casos de limitaciones al ejercicio personal del derecho de asistencia, es decir, copropiedad o cotitularidad sobre las acciones –art. 126 LSC– y de limitaciones estatutarias al ejercicio del derecho de asistencia –art. 179.2 LSC–. Respecto del primer caso, los socios tienen que nombrar un representante común para que acuda a junta, de modo que, en caso de que no lo hagan o la designación se haya realizado contrariando las reglas de la comunidad, no se podrá celebrar junta universal al no concurrir a la reunión la totalidad del capital social. Ahora bien, se admite que todos los demás socios autoricen a los copropietarios que no han designado representante común a manifestar su voluntad de celebrar junta universal y acordar el orden del día²⁴. Por lo que respecta a los casos de exigencia estatutaria de un número mínimo de acciones para poder asistir a junta prevista

²⁰ Ver SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a., “Junta universal, remoción de administrador y representación del socio”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n^o 13, 1999, págs. 295 y 298.

²¹ Ver VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541.

²² Ver MIRANDA SERRANO, L. M^a., “La junta universal de accionistas o socios (Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de *universalidad* de las juntas)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2002, pág. 140.

²³ En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1327; y BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 34.

²⁴ Por todos, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1329.

en el art. 179.2 LSC, podría pensarse que el respeto de esta modalidad de cláusula conduciría a que el cumplimiento de este primer requisito quedara satisfecho simplemente con la presencia de aquellos accionistas que fueran titulares del número de acciones necesarias para poder asistir a la reunión. Ahora bien, como la modalidad de junta prevista en el art. 178 LSC es excepcional y su celebración queda supeditada legalmente a la presencia de todo el capital social, la interpretación que debe realizarse del precepto debe ser literal, de modo que, en caso de que no sea posible la agrupación de accionistas para respetar la exigencia estatutaria y el consiguiente nombramiento de representante común, resultará obligado permitir que todos los accionistas consientan la celebración de la junta universal y el orden del día de la misma, aunque no sean titulares del número mínimo de acciones establecido estatutariamente²⁵. Con todo, se trata de un supuesto casi sin trascendencia práctica: recuérdese que la celebración de junta con carácter universal es posible en sociedades con un número reducido de socios, mientras que la cláusula mencionada se suele insertar en estatutos de sociedades con un accionariado disperso.

Del mismo modo, la satisfacción del requisito de la presencia de todo el capital social también puede plantear problemas en casos de privación del derecho de voto, como ocurre con las acciones sin voto –arts. 98 y ss. LSC– o con los accionistas morosos –arts. 82 y ss. LSC–. En relación con el primer supuesto, un sector entiende que aquel requisito únicamente se cumple si se encuentran presente o representado tanto el capital social con voto como el capital social sin voto, ya que, en caso contrario, se ignoraría el reconocimiento de la función que cumplen otros derechos complementarios atribuidos al accionista sin voto, como el derecho de asistencia e información²⁶. En cambio, otro sector ha rechazado esta interpretación por considerar que la misma conllevaría otorgar a los titulares de acciones sin voto un derecho que la Ley no les confiere –

²⁵ Ver VALLET DE GOYTISOLO, J., “La publicidad en la convocatoria de las Juntas generales y las llamadas Juntas universales (Glosas a los arts. 53 y 55 de la Ley del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1952, Tomo II, pág. 318; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 106 y 107; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1330, con ulteriores referencias doctrinales; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 161; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1290. En contra, DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL R., “La junta universal...”, ob. cit., págs. 193 y 194.

²⁶ Ver MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las acciones sin voto (Comentario a los arts. 90 a 92 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1989, pág. 13, y, posteriormente, en “Las acciones sin voto”, en *La acción y los derechos del accionista, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IV, Volumen 1^o, 1^a ed., Civitas, Madrid, 1994, págs. 398 y 399; TAPIA HERMIDA, A. J., “Las acciones sin voto”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1989, pág. 816; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1337 y 1338; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 161; o BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 33.

el derecho de decidir que la junta se celebre—, siendo suficiente con que todos los accionistas hayan sido convocados sin excepción alguna para entender cumplido el requisito de la presencia de todo el capital social²⁷. A nuestro juicio, la interpretación literal de la expresión “la totalidad del capital social” es suficiente para sostener que este requisito únicamente queda satisfecho en aquellos casos en que efectivamente se encuentra presente o representado todo el capital social, tanto con voto como sin voto, a lo que se suma que los accionistas sin voto carecen exclusivamente de derecho de voto pero no de derecho de asistencia. La misma solución ha de darse en el caso de existencia de accionistas morosos²⁸, ya que las acciones de las que son titulares forman parte de la “totalidad del capital social” y, además, aquellos únicamente se encuentran privados de su derecho de voto y no del derecho de asistencia a junta²⁹.

Por último, no podemos olvidar que a las juntas no sólo asisten accionistas, sino que también deben o pueden asistir administradores y directores, gerentes, técnicos u otras personas interesadas en la buena marcha de los asuntos sociales y que están autorizadas por vía estatutaria para acudir a Junta —art. 181 LSC—, así como el comisario del sindicato de obligacionistas —art. 427.2 LSC—. Por lo tanto, podemos preguntarnos si la inasistencia de cualquiera de ellos constituye obstáculo para la válida celebración de junta universal. Pues bien, la doctrina que se ha manifestado al respecto entiende que la ausencia de los administradores o de otras personas designadas en los estatutos no impide la válida celebración de junta universal, dado que no asisten en defensa de un interés propio sino en beneficio de los demás asistentes, que sí tienen verdadero derecho de asistencia, y que es razonable que su inasistencia no obstaculice la válida constitución de la junta salvo que alguno de quienes deben prestar su consentimiento se niegue a celebrarla³⁰. Ahora bien, existe

²⁷ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 102 y 103; e, *in extenso*, MUÑOZ PLANAS, J. M^a., “Junta universal y acciones sin voto (Nota *pro veritate*)”, *La Ley*, 1994, Tomo II, págs. 1046 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

²⁸ Ver, por todos, GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., págs. 1290 y 1291; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1340; o BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 33.

²⁹ En contra, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 103; o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 162.

³⁰ En este sentido, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 105 y 106; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1342 y 1343; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 35; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1292. No así para SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 167, que sostiene que es necesario insistir en la obligación de presencia de los administradores, por lo que, en caso de inasistencia de estos últimos, entendiéndolo preferible no celebrar la junta universal, sino que los socios se pongan de acuerdo respecto de la separación de los administradores o el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

discrepancia respecto de la necesidad de asistencia de otras personas, que, por ley o por estatutos, tienen derecho de asistencia a junta y cuya presencia en ella se dirige a proteger sus propios intereses económicos o, en su caso, los de ciertas colectividades que representan –por ejemplo, el comisario del sindicato de obligacionistas, administradores concursales o personas interesadas en la buena marcha de los asuntos sociales como representantes de los trabajadores o de las autoridades públicas–. En efecto, mientras que un importante sector doctrinal entiende innecesaria la presencia del comisario del sindicato de obligacionistas y de todos los demás sujetos que tienen derecho a asistir a las juntas a la hora de la válida celebración de junta universal³¹, otro sector sostiene que esta última no puede celebrarse si aquellas personas no concurren a la reunión, aunque reconoce que su presencia podrá obviarse siempre que se pueda acreditar de modo fehaciente que se les convocó informalmente a la junta y que, por tanto, su inasistencia se debió a una decisión propia y no a la ignorancia de que estaba prevista la mencionada reunión³².

2.2.2. *La aceptación por unanimidad de la celebración de la junta*

El segundo requisito a cuyo cumplimiento condiciona el art. 178 LSC la validez de la junta universal es que los concurrentes acepten por unanimidad su celebración. Se trata, como acertadamente ha sido señalado, de evitar que una mera coincidencia de todos los legitimados en un mismo espacio geográfico y temporal para examinar ciertos asuntos determine inexorablemente su reunión en junta universal³³. De ahí que se exija una manifestación de voluntad indubitada sobre sus intenciones, es decir, su aceptación unánime de constituirse en junta. Y aun cuando en una primera aproximación puede parecer que este segundo requisito presenta menos problemas de naturaleza interpretativa que el primero, ello no es así, tal y como se confirmará en los siguientes párrafos. En efecto, es necesario determinar, por un lado, qué sujetos tienen que aceptar la celebración de la junta con carácter de universal y, por otro lado, el objeto de dicha aceptación, únicamente la celebración en sí o también el orden del día a tratar en la reunión.

El primer interrogante que se suscita es determinar qué debe entenderse por “concurrentes”; término utilizado por el texto legal y que resulta a todas luces relevante dado que son precisamente los concurrentes quienes tienen que cumplir el requisito que analizamos. Obsérvese que una interpretación li-

³¹ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 105 y 106; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., págs. 1292 y 1293.

³² En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1344 y ss.

³³ Ver FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1347.

teral de la expresión podría conducir al absurdo de entender que dicho requisito debe ser satisfecho no sólo por los accionistas, sino también por otras personas no accionistas que pueden o deben asistir/concurrir a junta –administradores, directores, gerentes o técnicos o el comisario de obligacionistas–. En buena lógica, por “concurrentes” debe entenderse exclusivamente aquellos sujetos que contribuyen a la formación de la voluntad social, por tanto, accionistas, representantes de accionistas o titulares del derecho de voto de acciones ajenas –casos de usufructo y de prenda de acciones–, de modo que los sujetos que pueden o deben asistir a la junta universal sin ostentar o ejercer la condición de socio no tienen que concurrir a la aceptación de su celebración³⁴. Sin embargo, no existe unanimidad doctrinal respecto de si dicha aceptación ha de emitirse por parte de todos los accionistas, tanto con voto como sin voto, o si se limita exclusivamente a los accionistas con voto. A favor de esta segunda opinión, se esgrime el argumento de que una eventual exigencia de consentimiento de los accionistas sin voto implicaría el otorgamiento a estos últimos de un derecho del que, por principio, carecen³⁵. Pero, como acertadamente ha sido sostenido³⁶, por un lado, la aceptación ex art. 178 LSC no es una manifestación del ejercicio del derecho de voto –del que efectivamente, aquellos carecen–, sino una expresión de su previa voluntad a celebrar junta, y, por otro lado, la alusión a los “concurrentes” debe ponerse en conexión con el requisito de la presencia de todo el capital social y no únicamente del capital social con derecho a voto.

Por otra parte, puede sorprender que la aceptación de la celebración de la junta haya de realizarse por “unanimidad”, frente a la regla general de mayorías utilizada en sede de sociedades anónimas. Pues bien, la unanimidad constituye el mecanismo para evitar problemas de desinformación e indefensión del socio disconforme con la celebración de la junta³⁷, de tal manera que el mencionado criterio garantiza que todos los accionistas conocen la celebración de la junta así como los asuntos a tratar en ella lo que, a su vez, constituye la finalidad última perseguida por los requisitos de convocatoria legal o estatutariamente exigidos. Pero, además, la unanimidad es un medio decisorio menos dificultoso en cuanto a su operatividad y comprobación práctica que el principio mayoritario, puesto que funciona de modo automático y es fácilmente constatable por todos, ya que decae desde el momento en que un solo

³⁴ En un sentido similar, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1347; y BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 36.

³⁵ Así, DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., págs. 194 y 196; y URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. Mª., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 102 y 107, con la diferencia de que en este caso se rechaza igualmente que los accionistas sin voto tengan que cumplir el primero de los requisitos exigidos por el art. 99 LSA.

³⁶ Ver, por todos, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1348.

³⁷ Por todos, SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 10 y 11.

participante exprese su opinión contraria³⁸. Con todo, esta exigencia no implica que la misma haya de prestarse necesariamente de forma expresa, siempre, desde luego, que de las circunstancias del caso concreto se deduzca sin lugar a dudas la existencia de dicha aceptación³⁹. Así ocurrirá cuando al silencio se le pueda atribuir un valor positivo, como cuando nadie conteste a la pregunta de si alguien se opone a la celebración de junta universal o tiene algún inconveniente en celebrarla⁴⁰. E, igualmente, cuando se pruebe que el socio actuó como si estuviese reunido en junta universal –por ejemplo, mediante intervenciones, formulación de preguntas o votación de los asuntos–, es decir, adoptando una postura activa, ya que el ejercicio posterior de tales derechos sólo es posible en caso de estar reunidos en junta⁴¹. Como resultado, la junta universal quedará constituida de modo válido desde el momento en que se constate, directa o indirectamente, que no existe negativa alguna a la celebración de la misma por parte de ningún asistente.

Por lo demás, aún cuando el art. 178 LSC no alude al orden del día de la junta universal y, por tanto, tampoco exige expresamente que los socios se pronuncien al respecto, tanto doctrina como jurisprudencia entienden que la aceptación ha de recaer no sólo respecto de la celebración de la junta, sino también en relación con el orden del día de la misma⁴². Esta exigencia tiene

³⁸ Ver SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 11 y 12.

³⁹ En este sentido, las SSTs de 6 de marzo de 1999, Ref. Aranzadi nº 1361, y de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi nº 4282, admiten el consentimiento tácito.

⁴⁰ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 107; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1349, que cita las SSTs de 30 de mayo de 1975, Ref. Aranzadi nº 2240; y de 14 de febrero de 1989, Ref. Aranzadi nº 835; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 37; o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 167.

⁴¹ Tal y como sostiene FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1348, que cita la STS de 29 de septiembre de 1971.

⁴² Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 107; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541; OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime...*”, en *Estudios Sánchez Calero*, Volumen II, ob. cit., págs. 1233 y ss.; SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 28 y ss.; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1351; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 171; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 37; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1294. Del mismo modo, ver SSTs de 30 de octubre de 1985, Ref. Aranzadi nº 5134; de 23 de diciembre de 1997, Ref. Aranzadi nº 9189; de 14 de marzo de 1998, Ref. Aranzadi nº 1488; de 18 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi nº 2850; o de 18 de octubre de 2005, Ref. Aranzadi nº 7222.

En cambio, la controvertida STS de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi nº 4282, varía la interpretación apuntada y entiende que la aceptación unánime exigida por el art. 99 LSA se limita a la celebración de la junta y no a los asuntos a tratar en ella, de tal manera que la junta universal queda válidamente constituida desde el momento en el que asiste, presente o representado, todo el capital social se inician los debates para la confección del orden del día.

su razón de ser, por un lado, en que los socios normalmente se encuentran alejados de la gestión de los asuntos sociales, por lo que es necesario indicar expresamente los temas justificativos de la celebración de la junta, y, por otro lado, en que la unanimidad en el orden del día es consustancial a la justificación de esta modalidad de junta⁴³. De hecho, en la práctica, puede darse el supuesto de que los accionistas acepten por unanimidad la celebración de la junta, pero que discrepen de los asuntos a tratar en ella. En buena lógica, la existencia de unanimidad para la celebración de la junta no conlleva necesariamente la existencia de unanimidad en relación con los temas a debatir. Con todo, existe aceptación del orden del día tanto si éste se aprueba de forma directa, es decir, al aprobar un orden del día en el que existen varios puntos a tratar, como de forma indirecta, al aprobar la celebración de una junta en la que únicamente está previsto tratar una sola cuestión⁴⁴. A su vez, la falta de unanimidad respecto de algún punto concreto determina la exclusión del mismo del orden del día, pudiendo celebrarse junta universal respecto de las demás cuestiones sobre las que efectivamente ha recaído la aceptación unánime de los asistentes⁴⁵. Ahora bien, la aceptación por unanimidad del orden del día no implica que los accionistas deban encontrarse presentes a lo largo de toda la reunión, por lo que, en principio, la ausencia posterior de cualquiera de ellos no afecta a la validez de la junta ni de los correspondientes acuerdos, ya que estos últimos serán adoptados respetando el régimen de mayorías establecido legal o estatutariamente⁴⁶. La única excepción a esta regla general se produce en el supuesto excepcional de formación sucesiva del orden del día u orden del día “abierto” –admitido sin problemas por la doctrina–, en cuyo caso la aceptación unánime de los accionistas debe recaer sobre cada punto in-

⁴³ En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1351.

⁴⁴ Tal y como sostiene FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1351.

⁴⁵ Ver STS de 30 de octubre de 1985, Ref. Aranzadi nº 5134, y, en la doctrina, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 107; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; y LÓPEZ CERECEDA, E., “Comentario a la Sentencia...”, ob. cit., pág. 3044. No así para OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime*...”, en *Estudios Sánchez Calero*, Volumen II, ob. cit., pág. 1244, que sostiene que la oposición de un socio a que se incluya determinado asunto en el orden del día implica que no se ha logrado la aceptación unánime de los asistentes, por lo que la Junta universal no se puede celebrar.

⁴⁶ Así, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1952, pág. 274; RUBIO, J., *Curso de Derecho...*, 2^a ed., ob. cit., pág. 193; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 108; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; y VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541, que cita la STS de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi 4282.

dividual del orden del día a medida que la junta va avanzando⁴⁷, lo que, a su vez, impide un eventual abandono de cualquiera de aquellos una vez iniciada la celebración de la junta universal. Evidentemente, idéntica solución ha de adoptarse en el supuesto de prórroga de la junta durante dos o más días consecutivos, en cuyo caso la exigencia de unanimidad habrá de quedar satisfecha inicialmente⁴⁸.

3. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

3.1. Fundamento

Analizados brevemente los requisitos exigidos legalmente para la válida celebración de junta con carácter de universal, resulta necesario pronunciarse acerca de las consecuencias de su incumplimiento. En buena lógica, la sumisión al voto de la mayoría nunca puede ser incondicional, sino que solamente debe predicarse respecto de acuerdos válidos e inatacables. De ahí que la impugnación de acuerdos sociales constituya uno de los mecanismos de que pueden servirse las minorías para su defensa frente al abuso de poder de la mayoría, aunque también puede ser utilizado de forma torticera, dificultando el correcto funcionamiento de la sociedad. En cualquier caso, toda impugnación de acuerdos sociales conlleva una situación de incertidumbre, la cual se acentúa, a nuestro juicio, en el marco del Derecho de sociedades español debido a distintos factores, tales como la excesiva duración de estos procesos, la mejorable redacción de la LSC y las criticables interpretaciones que ha realizado el TS acerca de aspectos puntuales de dicha regulación. Con todo, no podemos olvidar que, en la actualidad, no existe duda alguna acerca de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales. Así, gradualmente se ha ido abriendo camino la opinión doctrinal favorable a su admisión, la cual fue acogida en la STS de 18 de abril de 1998⁴⁹, y ha quedado definitivamente confirmada en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado⁵⁰.

⁴⁷ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 107 y 108; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1352 y 1353; o BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., págs. 38 y 39.

⁴⁸ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 108; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; y BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 39.

⁴⁹ Ver STS de 18 de abril de 1998, Ref. Aranzadi n^o 2984.

⁵⁰ Ver Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, *Boletín Oficial del Estado*, 21 de mayo de 2011, n^o 121, pág. 50797.

Según el artículo 204.1 LSA, “(S)on impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”. Como resultado, la impugnabilidad de un acuerdo social puede tener su origen en una contravención de la ley o de los estatutos o en una lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Esta declaración inicial queda completada en el párrafo segundo del mismo precepto, en donde se señala que “(S)erán nulos los acuerdos contrarios a la ley”, mientras que “(L)os demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables”. Como consecuencia, mientras que los acuerdos contrarios a la ley son nulos, los acuerdos opuestos a los estatutos y los que lesionan los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros son anulables. A su vez, la doctrina mayoritariamente ha entendido que deben calificarse como nulos todos aquellos acuerdos sociales que contravienen cualquier clase de disposición legal, incluidas las reglamentarias, siempre que sean imperativas o prohibitivas⁵¹.

Aun cuando una enumeración de todos y cada uno de los supuestos de acuerdos nulos resultaría siempre incompleta, es posible determinar las grandes categorías de infracciones legales que conducen a la nulidad de un acuerdo social. En primer lugar, la validez de cualquier acuerdo implica el cumplimiento previo de los requisitos formales que la LSC exige para la constitución y el funcionamiento regular de la junta general. De ahí que todo acuerdo social adoptado en una junta general que no pueda calificarse como válida por incumplir los requisitos previstos a tal efecto por la LSC sea nulo⁵². En se-

⁵¹ Por todos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, ob. cit., pág. 319; BERCOVITZ, A., “Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 384; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de acuerdos sociales”, en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, 1ª ed., Editorial Civitas-Fundación Manuel Broseta, Madrid, 1995, pág. 322; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 365 y 366; y VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22ª ed., ob. cit., pág. 564.

⁵² Como resultado, adolecen de nulidad los acuerdos sociales tomados en: i) junta sin convocatoria; ii) junta no convocada por los administradores de la sociedad o, en su caso, por el consejo de administración, o convocada defectuosamente por los administradores o por el consejo de administración o convocada exclusivamente por el presidente del consejo y no por el propio consejo de administración; iii) junta no convocada respetando los requisitos formales establecidos en la Ley; iv) junta celebrada con carácter de universal sin estar presente todo el capital social o sin haber existido unanimidad en los socios para su celebración; v) junta constituida sin respetar los quórums de constitución requeridos legalmente o los requisitos exigidos para la modificación de estatutos; vi) junta celebrada en localidad distinta de aquella en la que la sociedad tiene su domicilio social; vii) junta celebrada sin formar la lista de asistentes; y viii) junta en la que se ha privado a algún socio de modo ilegítimo del derecho de información en sus distintas manifestaciones, del derecho de asistencia, del derecho de voz o del derecho de voto.

gundo lugar, la nulidad de un acuerdo social puede tener su origen en la imposibilidad de formación de la voluntad colectiva, es decir, la junta se ha constituido y celebrado válidamente, aunque el acuerdo se ha adoptado sin respetar la mayoría de votos exigida legalmente, bien con carácter general, bien para supuestos especiales, o el acuerdo se ha adoptado de un modo decisivo con votos afectados por algún vicio que los invalida. Y, en tercer lugar, son asimismo nulos los acuerdos sociales con un contenido vulnerador de disposiciones legales –no sólo, recuérdese de la LSC, sino del Derecho de sociedades y, en general, del ordenamiento jurídico–; categoría en la que quedarían incluidos, entre otros, los acuerdos contrarios a la ley, la moral y el orden público –art. 1255 CC– o los acuerdos que infringen los derechos que la LSC reconoce a todo socio.

3.2. La impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público

Es en el art. 205 LSC en donde se regulan los plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales, los cuales, lógicamente, dependen de la naturaleza de la concreta pretensión, ya sea de nulidad o de anulabilidad. De este modo, mientras que la acción de nulidad caduca en el plazo de un año, con la única excepción de los acuerdos contrarios al orden público que no caducan –art. 205.1 LSC–, la acción de anulabilidad caduca a los cuarenta días –art. 205.2 LSC–. Por tanto, en materia de acuerdos sociales, la acción de nulidad caduca al igual que la acción de anulabilidad, con la única diferencia de que el plazo de caducidad es menor en este último supuesto –un año frente a cuarenta días–. De ahí que una vez transcurrido el plazo señalado de un año o de cuarenta días, tanto los acuerdos sociales nulos como los acuerdos sociales anulables devienen inimpugnables. La única excepción a la regla del sometimiento de la acción impugnatoria de los acuerdos nulos al plazo de caducidad de un año está constituida por “...los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público” –art. 205.1 LSC–. Como consecuencia, los acuerdos sociales que violan el orden público pueden ser impugnados siempre, en la medida en que no quedan sometidos al plazo de caducidad de un año, propio de los acuerdos nulos⁵³.

Obsérvese que la LSC se sirve de las categorías de la nulidad y la anulabilidad de la teoría general de los actos y negocios jurídicos, pero contiene un régimen específico de impugnación que supone, en líneas generales, la inaplicación de la disciplina sobre nulidad y anulabilidad de los actos y nego-

⁵³ De hecho, la mejor doctrina ha sostenido que esta excepción a la regla general responde a su fundamento en los principios generales del derecho, por lo que, aunque no se formulara de modo expreso, habría de tenerse por existente –ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 325–.

cios jurídicos a los acuerdos de la junta general⁵⁴. En efecto, el legislador introdujo con ocasión de la elaboración de la LSA 1989 ciertas particularidades en aspectos jurídico-procesales en relación con el régimen previsto para la nulidad de actos y negocios jurídicos⁵⁵, excepción que parece estar inspirada, aunque no con una fidelidad absoluta, en el § 241-3 de la Ley alemana de sociedades por acciones de 1965⁵⁶. En este sentido, el art. 204 LSC reitera las causas de nulidad de los actos y negocios jurídicos previstas en el Derecho común –art. 6.3 CC–, ya que define como acuerdos sociales nulos los contrarios a la ley⁵⁷. Sin embargo, el art. 205 LSC diferencia dos supuestos dis-

⁵⁴ Circunstancia que fue objeto de importantes críticas. Ver, por todos, DE CASTRO MARTÍN, J. L., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, págs. 1604 y 1605.

⁵⁵ Como es conocido, los civilistas atribuyen una serie de características a la nulidad absoluta o de pleno derecho –por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1991–. Así, la misma no necesita declaración judicial, ni previa impugnación del contrato, puesto que opera *ipso iure* o de pleno derecho; si bien puede resultar útil solicitar la intervención judicial ante la resistencia de quien sostenga la validez, cuando haya surgido cierta apariencia negocial, aunque se entiende que tanto las acciones como la sentencia judicial tienen carácter meramente declarativo. Del mismo modo, cualquier persona con interés legítimo puede instar la nulidad, reconociéndose, como consecuencia, una legitimación general para el ejercicio de la correspondiente acción. Por otra parte, conforme al aforismo *quod nullum est, nullum producit effectum*, el contrato nulo no produce efecto alguno, por lo que los desplazamientos patrimoniales realizados de acuerdo con el contrato nulo han de deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tendrían si el contrato no se hubiera celebrado nunca. Además, la nulidad es definitiva, de modo que el transcurso del tiempo no la sana –*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*–, es decir, la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque. Igualmente, no es posible la confirmación ni ninguna forma de convalidación o subsanación por voluntad de las partes.

⁵⁶ Tal y como indica ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1ª ed., ob. cit., pág. 1447.

⁵⁷ Por el contrario, en materia de anulabilidad de acuerdos sociales, la LSC no reitera las causas de anulabilidad de los actos y negocios jurídicos, sino que establece unas causas de anulabilidad específicas de los acuerdos de la junta general. En este sentido, la singularidad de tales acuerdos como negocio jurídico en relación con los negocios de cambio justifica la inaplicación de las causas de anulabilidad propias del Derecho común y, consiguientemente, una especificación por parte del legislador. Recuérdese que, según el art. 1301 CC, las causas de anulabilidad de los contratos son la incapacidad de una de las partes y los vicios del consentimiento –error, violencia o engaño–. En cambio, atendiendo al art. 204 LSC, son anulables los acuerdos sociales que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Por lo demás, el régimen de anulabilidad de acuerdos sociales contenido en la LSC mantiene alguna de las características de esta categoría jurídica, como la legitimación tasada o la prescriptibilidad de la acción de impugnación y, en consecuencia, la sanación por el paso del tiempo. En efecto, el art. 206.2 LSC reconoce legitimación para la impugnación de acuerdos anulables a los accionistas asistentes a junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto y los administradores. Por su parte, frente

tintos de nulidad: la nulidad por infracción de ley y la nulidad por contravención al orden público; diferenciación que, por su parte, conlleva distinto plazo para el ejercicio de la acción de impugnación, ya que, mientras que, en el primer supuesto, la acción caduca en el plazo de un año, en el segundo supuesto, la acción no caduca. Tanto para uno como para otro caso, el art. 206 LSC reconoce legitimación para ejercer la impugnación a todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Por tanto, la fijación de un plazo específico de un año para el ejercicio de la acción de impugnación conlleva la inaplicación del principio de imprescriptibilidad de la acción de nulidad del régimen general de los actos y negocios jurídicos, aunque este principio es de aplicación a los acuerdos que, por su causa o contenido, resulten contrarios al orden público, así como la sanación de aquellos acuerdos por el mero transcurso del mencionado plazo. A ello se ha de sumar que, aunque la LSC mantiene para el ejercicio de la acción de impugnación el principio de legitimación general a favor de toda persona que pruebe un interés legítimo, tal acreditación únicamente se exige en el supuesto de que sea un tercero quien ejercite la acción y no si la ejercitan los accionistas o los administradores, a los cuales se les presume tal interés debido a la posición que ocupan en la sociedad.

Evidentemente, el problema ulterior que se plantea es qué ha de entenderse por orden público o, siguiendo la terminología legal, cuándo un acuerdo social resulta contrario al orden público. Al respecto, la LSC se limita a indicar que la oposición del acuerdo social al orden público puede ser "...por su causa o contenido...". Por su parte, en las escasas ocasiones en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre esta cuestión subraya la dificultad que conlleva definir qué debe entenderse por orden público a efectos de evitar el plazo de caducidad a que se refiere el art. 205 LSC –antiguo art. 116 LSA⁵⁸. A la parquedad con que se pronuncia la Ley se suma el riesgo, claramente real, de abuso en la vida práctica de la excepción de orden público, mediante la alegación de que la acción se encuentra viva porque el acuerdo es calificado como contrario al orden público sin una fundamentación razonable⁵⁹. De ahí que sean los intérpretes y, en último término, los tribunales de justicia quie-

al plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC, el art. 205.2 LSC señala un plazo de cuarenta días para ejercitar la acción de impugnación de acuerdos anulables, que se computa desde la fecha de adopción del acuerdo y, si es inscribible, desde la fecha de su publicación en el BORME –art. 205.3 LSC–, transcurrido el cual aquéllos no pueden ser combatidos.

⁵⁸ Ver STS de 28 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi nº 1233, a la que sigue la STS de 19 de julio de 2007, Ref. Aranzadi nº 5092.

⁵⁹ Al que se refieren URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 325 y 326.

Como confirmación de esta afirmación, véase nota nº 2 con ulteriores referencias jurisprudenciales.

nes hayan de solventar dicho interrogante⁶⁰. Obviamente, se trata de una tarea problemática, puesto que el orden público tiene un contenido dinámico, por lo que es susceptible de actualización conforme a los criterios que en cada momento rigen en dicha sociedad o grupo social⁶¹. O, como también ha sido sostenido, el orden público es un “concepto válvula”, cuya utilidad radica precisamente en su propia indeterminación⁶². En buena lógica, el Alto Tribunal ha sostenido que dicho concepto debe ser aprehendido en sentido restrictivo, al constituir una excepción a la regla de caducidad de las acciones, ya que “...podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico”⁶³.

Con todo, no podemos olvidar que el orden público opera como categoría delimitadora de la autonomía privada, tal y como queda confirmado en el art. 1.3 CC, en tanto límite a la fuerza normativa de la costumbre, en el art. 6.2 CC, como límite a la posibilidad de exclusión de la ley aplicable y a la renuncia de los derechos en ella reconocidos, en el art. 594 CC, en relación con la constitución de servidumbres voluntarias, y en el art. 1255 CC, al establecer los límites de la libertad contractual. En este sentido, la mejor doctrina civilista identifica el orden público con los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea los que atribuyen primacía a una norma respecto de otra, sea los que inspiran el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico⁶⁴

⁶⁰ Como apunta DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *La noción de orden público en el Derecho civil español*, EUNSA, Pamplona, 1967, pág. 46, “(P)or este ajuste a la vida, la noción de orden público se refleja mejor en la jurisprudencia que en la determinación legal...Pero tampoco el orden público es sólo una noción jurisprudencial –por eso no es exacta la denominación orden público judicial–, como tampoco es solamente una noción legal, aunque cobre relieve de modo más ostensible a la hora de la aplicación de las leyes, en el plano de la realidad jurídica; en esa medida, el papel de la jurisprudencia es relevante y dicha concreción jurisprudencial resulta inexcusable para comprender en todo su alcance el desenvolvimiento del orden público en cada ordenamiento jurídico”.

⁶¹ En este sentido, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *La noción de orden público...*, ob. cit., pág. 49.

⁶² Nos servimos de la expresión que utiliza GORDILLO CAÑAS, A., voz “Orden Público”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

⁶³ Así, STS de 28 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi nº 1233, a la que sigue la STS de 19 de julio de 2007, Ref. Aranzadi nº 5092.

⁶⁴ Así, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas a las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 1034.

Por lo demás, para un análisis detallado de la noción de orden público, ver DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *La noción de orden público...*, ob. cit., en particular, págs. 47 y 48, en donde diferencia un significado amplio, que entiende insuficiente –normas no derogables por la autonomía privada– y un significado estricto de la noción de orden público –conjunto de principios que se consideran parte esencial del bien común, integrante de toda la sociedad o de un grupo social, es decir, aquellos principios esenciales a la vida social en su conjunto–.

o, sirviéndose de otra expresión, con la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores⁶⁵. De ahí que aquella sostenga que pertenecen al orden público las materias situadas dentro del orden constitucional, como por ejemplo la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación⁶⁶.

3.3. En particular, el incumplimiento del requisito de la presencia de la totalidad del Capital Social en tanto supuesto de vulneración del orden público

Ahora bien, el traslado de la noción de orden público al ámbito de las sociedades de capital debe ser objeto de algunas matizaciones. En este sentido, la doctrina que recientemente se ha pronunciado al respecto ha destacado de forma muy gráfica que “en la Ley de Sociedades de Capital, el concepto de orden público es en parte más restringido y en parte más amplio”, que aquel que postula su identificación con el conjunto de principios básicos en que se fundamenta la organización política y administrativa del Estado y la tutela de los derechos y libertades esenciales de los ciudadanos⁶⁷. En efecto, es más restringido puesto que, en las sociedades de capital, en tanto organizaciones privadas que son, se admiten discriminaciones basadas en razones objetivas

⁶⁵ Ver DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al art. 1255 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 432.

⁶⁶ Así, DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al art. 1255 CC”, en *Comentario del Código...*, Tomo II, 2ª ed., pág. 432; y en la doctrina mercantilista, BERCOVITZ, A., “Los acuerdos impugnables...”, en *Estudios Broseta*, Tomo I, ob. cit., pág. 389. Ver, igualmente, STC 43/1986, de 15 de abril de 1986, en donde se señala que “Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 CE”.

De hecho, la STS de 11 de abril de 2003, Ref. Aranzadi nº 3269 –al analizar si un acuerdo de exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad se ha adoptado con arreglo al quórum legal y si ello puede considerarse como materia de orden público– adopta un concepto de “orden público” similar al arriba indicado, ya que recoge la doctrina contenida en las STS de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979, indicando que el orden público nacional está integrado por “aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

⁶⁷ Tal y como señala ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coordinadores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, ob. cit., pág. 1449.

que chocan con el principio constitucional de igualdad⁶⁸ —piénsese en la exigencia estatutaria de determinadas condiciones para acceder al cargo de administrador de la sociedad o en el contenido de ciertas cláusulas de determinación de requisitos del adquirente en tanto modalidad de restricción estatutaria a la libre transmisibilidad de las acciones—. Al mismo tiempo, es un concepto más amplio, ya que en él se incluyen aquellos acuerdos sociales que vulneran los principios configuradores del tipo social —art. 28 LSC—⁶⁹.

A su vez, en la delimitación del concepto de orden público en el ámbito específico de la impugnación de acuerdos sociales, el Tribunal Supremo ha sostenido que el mencionado concepto “...generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE”⁷⁰. Esta doctrina es recogida posteriormente en la STS de 4 de marzo de 2002⁷¹, la cual añade que “el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades se trata”; e, igualmente, en la STS de 26 de septiembre de 2006⁷², que concluye que “...de aquí que deba considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales”. En un sentido similar, la STS de 21 de febrero de 2006 declara que “el término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento”⁷³. Con una mayor concreción, las sentencias de fecha 28 de noviembre de 2005 y de 19 de julio de 2007 iden-

⁶⁸ Ver ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coordinadores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, ob. cit., pág. 1450, que pone como ejemplos la sociedad anónima dedicada a la comercialización de productos para la mujer y en la que sería perfectamente admisible exigir la condición femenina para poder acceder al órgano de administración o la sociedad de responsabilidad limitada que tuviera como objeto la edición de publicaciones sobre el Islam y en la que se exigiera la condición de musulmán para participar en el órgano de administración.

⁶⁹ Como sostiene la mayor parte de la doctrina mercantil —así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.^a, *La Junta general...*, ob. cit., pág. 326; EMBID IRUJO, J. M., voz “Impugnación de acuerdos sociales”, en *Enciclopedia Jurídica...*, Tomo II, 1^a ed., ob. cit.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 369; VICENT CHULLA, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 564; y ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coordinadores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, ob. cit., pág. 1450.

⁷⁰ Ver STS de 18 de mayo de 2000; Ref. Aranzadi n^o 3934.

⁷¹ Ver STS de 4 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi n^o 2421.

⁷² Ver STS de 26 de septiembre de 2006, Ref. Aranzadi n^o 7477.

⁷³ Ver STS de 21 de febrero de 2006, Ref. Aranzadi n^o 827.

tifican orden público con los principios configuradores de la sociedad y con la protección de accionistas ausentes o minoritarios⁷⁴.

En efecto, los principios configuradores a que se refiere el art. 28 LSC constituyen uno de los límites a la autonomía de la voluntad de los socios fundadores en sede de escritura social. Téngase en cuenta que, aunque formalmente el legislador alude a los principios configuradores en la regulación de la constitución de la sociedad, no existe razón alguna para no entender que aquéllos han de ser igualmente aplicados a lo largo de toda la vida de la sociedad, cuando se modifican los estatutos o, como es nuestro caso, cuando actúan los órganos sociales en el ejercicio de sus competencias. Es más, en la práctica, resultaría inoperante la exigencia de cautelas en el momento fundacional si, posteriormente, aquéllas pudieran burlarse mediante una modificación de estatutos o mediante la adopción de decisiones por parte de los órganos sociales⁷⁵. De ahí que no quepa duda alguna de que los principios configuradores de la sociedad anónima deban ser utilizados para determinar la invalidez de los acuerdos adoptados por la junta general⁷⁶. Por lo demás, resulta imposible fijar una regla general a modo de contraste en la determinación y cualificación de todos y cada uno de los supuestos conflictivos que se pueden dar en la práctica, de tal manera que serán las circunstancias del supuesto de hecho concreto las que determinarán la calificación de un acuerdo social como contrario al orden público o no⁷⁷. Sin embargo, con base en observaciones anteriores, podemos afirmar, sin ánimo de exhaustividad, que un acuerdo social resultará contrario al orden público si choca con la finalidad lucrativa de la sociedad, el principio y deber de capitalización adecuada, el principio de separación de competencias y funciones entre los órganos sociales, el principio democrático o de mayoría en los órganos sociales colectivos y en la adopción de acuerdos por los socios, el principio de que quien ostenta poder de decisión debe responder, el principio o deber de fidelidad o lealtad entre los

⁷⁴ Ver STS de 28 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi n° 1233; y STS de 19 de julio de 2007, Ref. Aranzadi n° 5092.

⁷⁵ Adoptan una orientación similar, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo I, *La Fundación*, 1ª ed., Facultad de Derecho de Albacete, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 106 y 107, y VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Acciones propias e igualdad de los accionistas (cuestiones de Derecho de sociedades y de Derecho del mercado de valores)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 2, 1994, pág. 20.

⁷⁶ Precisamente DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites...”, en *Derecho de Sociedades Anónimas...*, Tomo I, 1ª ed., ob. cit., págs. 96 y 107, recuerda que el ordenamiento alemán se sirve de criterios análogos a los principios configuradores, en concreto la esencia de la sociedad anónima –*die Wesen der Aktiengesellschaft*– y las buenas costumbres –*die guten Sitten*– para valorar la licitud de los acuerdos sociales.

⁷⁷ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 326 y 327.

socios, el principio de igualdad de trato para todos los socios, el principio de conservación de la empresa, el principio de administración de un patrimonio dinámico o el principio de libre transmisibilidad de las acciones.

Ahora bien, como hemos avanzado, el concepto de orden público en el ámbito societario no comprende única y exclusivamente los principios configuradores de la sociedad anónima. Por contra, en este contexto, la noción de orden público incluye también el orden público general u orden público que tiene su origen en otros principios generales extracorporativos y que igualmente habrá de ser respetado⁷⁸. Recuérdese que según la redacción del art. 205 LSC, los acuerdos sociales pueden resultar contrarios al orden público "...por su causa o contenido", es decir, la contrariedad al orden público puede tener su origen en el objeto mismo del acuerdo, pero también en el fundamento, motivo, razón o fin perseguido mediante el mismo. Y precisamente esta última circunstancia permite valorar el propósito práctico perseguido mediante la adopción del acuerdo. En el supuesto que nos ocupa resulta trascendente que las juntas se celebraron con la presencia de dos de los socios de la mercantil y la ausencia de otros dos socios, a pesar de lo cual los socios presentes fingieron o representaron su reunión con el carácter de universal. Es decir, parte de los socios crearon la apariencia de una junta universal, la cual no se ajustaba a la realidad, puesto que no había estado presente –o, en su caso, representado– todo el capital social. Dicha apariencia quedó reflejada en el acta de la junta, en relación con cuyo contenido el art. 97.4 RRM exige, para el supuesto específico de junta universal, que, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, se haga constar el nombre de los asistentes, que debe ir seguido de la firma de cada uno de ellos⁷⁹. Esta exigencia queda completada en el art. 112.3.2 RRM, que señala para el supuesto de certificación por extracto y si los acuerdos tienen que inscribirse en el Registro Mercantil, que es suficiente con consignar el carácter de universal de la junta y que en el acta figure el nombre y la firma de los asistentes que sean socios o representantes de éstos. Como resultado, se trata de un supuesto claro de simulación, que, evidentemente, choca de raíz con el concepto de orden público. Tal y como

⁷⁸ Así parecen entenderlo URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.^a, *La Junta general...*, ob. cit., pág. 327; o VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 564.

⁷⁹ Sin embargo, cierto sector doctrinal entiende que dicha norma reglamentaria debe considerarse nula, por carecer de norma de remisión de rango legal y permitir que un socio discolo paralice la ejecución del acuerdo una vez adoptado –así, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541; en contra, FARRANDO MIGUEL, I., "Examinando críticamente...", ob. cit., pág. 1350, nota n° 127–. Ahora bien, tanto el TS como la DGRN entienden que la omisión de la firma de alguno de los socios constituye un mero defecto en el modo de documentar los acuerdos, que no afecta a su validez –ver SSTS de 29 de diciembre de 1999, Ref. Aranzadi n° 9619; y de 18 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi n° 2850; y RDGRN de 17 de febrero de 1992. Ref. Aranzadi n° 1531–.

ya señaló el TS en sentencia de 30 de mayo de 2007⁸⁰, a la que sigue la sentencia que analizamos, “no puede entenderse que el orden público resulte indemne a actos falsarios que, además, vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable”.

4. CONCLUSIONES

La posibilidad de celebrar junta universal constituye una opción adecuada en el marco de sociedades cerradas, con un número reducido de socios, que, además, deben estar bien avenidos. Precisamente, el distanciamiento entre los socios o los cambios en las relaciones personales conducen a situaciones de litigiosidad en el marco de la celebración de juntas que hasta dicha fecha se habían celebrado sin problemas con carácter de universal, con independencia de que se cumplieran escrupulosamente o no los requisitos exigidos a tal efecto.

Entre las ventajas que presenta la celebración de junta universal destacan el ahorro en tiempo y en dinero que conlleva no tener que realizar una convocatoria siguiendo las prescripciones de la LSC o la posibilidad de utilizarla como remedio de defectos formales cometidos en convocatorias realizadas conforme a la LSC o en tanto mecanismo de elusión de ciertas normas calificables de “incómodas” para un funcionamiento más ágil o flexible de la sociedad. La reforma introducida en la LSC en materia de convocatoria de junta –que, en último término y siempre que así se prevea en los estatutos sociales, permite que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad– cuestiona la ventaja que presenta la junta universal en materia de ahorro de costes económicos. Como puede observarse, dicha reforma conlleva un importante ahorro económico para las sociedades de capital, aunque los requisitos fijados en la LSC en materia de contenido y plazo previo de convocatoria –arts. 174 y 176 LSC–, así como respecto del lugar de celebración de la junta –art. 175 LSC–, habrán de ser necesariamente respetados; obligatoriedad de la que se exime en caso de que la junta sea celebrada como universal.

La parquedad con la que se pronuncia la LSC en relación con el concepto de orden público en el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales ha obligado a la doctrina y a los tribunales de justicia a delimitar dicho concepto. Se trata de una tarea delicada, ya que el orden público se caracteriza por su in-

⁸⁰ Ver STS de 30 de mayo de 2007, Ref. Aranzadi nº 3608.

determinación, así como por su contenido dinámico. A estas características inherentes a dicho concepto, se ha de sumar el riesgo existente en la vida práctica de calificar un acuerdo como contrario al orden público sin una justificación razonable para, de este modo, mantener viva la acción de impugnación, tal y como queda confirmado en distintas sentencias del Tribunal Supremo. En consecuencia, resulta obligada una interpretación del orden público en sentido estricto, ya que, en caso contrario, se altera la regla de caducidad de la acción de impugnación de acuerdos nulos, establecida en aras de la seguridad del tráfico. En esta construcción, tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en sostener que el concepto de orden público en el ámbito societario debe ser identificado con los principios configuradores del tipo social –en tanto esencia que son del sistema societario–, pero también con el orden público general u orden público que tiene su origen en otros principios generales extracorporativos.

El incumplimiento de los requisitos exigidos por la LSC para la válida celebración de una junta con carácter de universal conduce a la nulidad de los acuerdos adoptados en ella al ser acuerdos contrarios a la ley. En particular, el Tribunal Supremo ha considerado que los acuerdos sociales adoptados en juntas celebradas con carácter de universal, pero en las que no había estado presente o representado todo el capital social debían ser considerados como acuerdos contrarios al orden público. En efecto, en tales casos, parte de los socios han creado la apariencia de una junta universal, que, evidentemente, no se ajustaba a la realidad, puesto que no había estado presente –o, en su caso, representado– todo el capital social; apariencia que se extiende al acta de la junta y, en su caso, a la certificación por extracto para la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil. Es decir, se trata de un supuesto de falsedad o de simulación, que choca con el concepto de orden público. Cuestión distinta es que resulte sorprendente el tiempo transcurrido entre la celebración de la primera junta universal cuyos acuerdos son impugnados y la presentación de la demanda: prácticamente once años.

RECENSIÓN

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, 533 pp.

Cualquier jurista mediano se aproxima con respeto al enjuiciamiento de las conductas de los demás y más aún de sus pensamientos y de sus creaciones intelectuales. Me ayuda mucho, por tanto, para acometer esta tarea de enjuiciar la obra científica "*La dignidad de la persona*" del Doctor Alberto Oehling de los Reyes, Profesor Ayudante de Derecho Constitucional en la Universitat de les Illes Balears, el juicio previo al mío y unánimemente favorable que sobre la misma tesis doctoral de la que esta obra trae causa, emitieron hace ya algunos meses los Profesores Canosa Usera, catedrático de Derecho constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Iturmendi Morales, catedrático de Derecho natural y Filosofía del Derecho y Decano honorario de la Universidad Complutense de Madrid, Fernández-Miranda Campoamor, catedrático de Derecho constitucional y Director del Departamento de Derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, Oliver Araujo, catedrático de Derecho constitucional de la Universitat de les Illes Balears, Ruggieri, catedrático de *Scienze Giurpubblicistiche* de la *Università de Messina* y Calafell Ferrá, Profesor asociado de la Universitat les Illes Balears y Técnico Superior de Administración de la Comunidad Autónoma Balear, como miembros integrantes del Tribunal académico que le otorgó la máxima calificación tras su defensa en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, así como el Profesor Torres Muro, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid que también emitió uno de los informes académicos previos a la defensa de esta tesis doctoral y que al igual que los anteriores mostró un parecer muy favorable sobre la calidad de esta obra científica. También, desde luego, constituye un indudable aval de solvencia científica de la obra recensionada la dirección de aquél trabajo por parte del Profesor Fernández Segado, también catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, de quien Alberto Oehling de los Reyes es estrecho colaborador hace ya mucho tiempo.

El primer rasgo que a uno se le viene a la cabeza cuando analiza las páginas de esta tesis doctoral es su carácter decidido y valiente. Valiente porque no es tarea fácil acometer una investigación rigurosa sobre un tema tan amplio como la dignidad de la persona y salir airoso del trance y también valiente porque la tesis doctoral de Alberto Oehling no es una de esas

publicaciones que aspira a pasar de puntillas por el panorama científico sin limpiarlo ni mancharlo. Todo lo contrario, el autor ha realizado una meritoria investigación en la que con una medida contención en sus opiniones y respetando siempre el método académico –en el que se aprecia la dilatadísima experiencia científica de su maestro– aspira a detectar las principales cuestiones controvertidas en la actualidad científica en relación con la dignidad de la persona y procura darles una solución científica concreta coherente en todo momento con su solido método científico de razonar y de escribir –de clara inspiración germánica– y con su concepción confesadamente iusnaturalista y valorativa del Derecho constitucional.

La numerosas apreciaciones vertidas en su tesis doctoral por el nuevo doctor, podrán, desde luego, ser compartidas o no por el lector de su obra, pero éstas se exponen en todo caso con honestidad y solvencia, siendo consciente el propio autor de su carácter controvertido y aún polémico; ámbitos que no rehuye y que, por el contrario, afronta como buenos puntos de partida para una obra con pretensiones de científicidad. Ambas razones, la honestidad y la solvencia del planteamiento, entiendo que merecen de antemano el reconocimiento del lector ecuánime y el aprecio ya inicial de la obra escrita por Alberto Oehling, en cuanto que no abundan ni obras, ni autores que –con independencia de su acierto en los juicios emitidos– se encuentren dispuestos a emitir, con mayor o menor éxito, opiniones no siempre unánimemente compartidas en sus razonamientos y conclusiones. O, como en alguna ocasión he oído señalar al ya mencionado Profesor Torres Muro, cada vez son menos, paradójicamente, las tesis doctorales que acertada o equivocadamente, verdaderamente contienen una tesis. Carencia en la que, desde luego, no incurre la obra recensionada.

La tesis pues de Alberto Oehling podría ubicarse entre aquellas que si contienen una tesis científica. No obstante lo antedicho, la tesis sostenida por el autor en la obra podríamos afirmar que no constituye una única idea, sino que más bien es una revisión de todos los problemas afectantes a la dignidad de la persona humana desde una perspectiva iusnaturalista ortodoxamente clásica profesada por su autor. La obra atomiza así a lo largo de su texto –relativamente largo, por cierto, para una tesis doctoral– un variado conjunto de razones que tienen por génesis común la dignidad de la persona desde una recreada óptica iusnaturalista que prefija su evolución a lo largo de la historia y lo que a juicio del autor son sus principales amenazas en el presente. La obra es, por tanto, solo aparentemente descriptiva, pues tras casi todas sus afirmaciones late un pensamiento jurídico iusnaturalista que conecta con la tradición constitucional de quienes entienden las normas constitucionales, antes que ninguna otra cosa, como un depósito de valores y principios en cuyo centro se encuentra la dignidad de la persona, que es para Oehling el referente y valor omnipresente y el vehículo desde el que analizar las diversas cuestiones que va abordando a lo largo de la obra.

Un segundo rasgo que caracteriza la obra recensionada en su conjunto es su madurez intelectual. Una madurez que no hace que descienda la pasión y la decidida postura en sus juicios –casi previsible– en cada uno de los temas que aborda. Nada más comenzar con la lectura del libro, se adivina en el autor una personalidad ilusionada con la investigación que acomete y con cada uno de las cuestiones que trata, deseoso de exponer sus opiniones y conclusiones con vehemente y bienintencionada seguridad. Por otra parte se adivina también en él una personalidad ya intelectualmente madura a la que no va a ser fácil convencer del acierto de otras opiniones científicas sobre las mismas cuestiones, probablemente porque ya las conoce y ha estudiado bien o, incluso, porque no encajan bien con su método general –fuertemente valorativista– del Derecho constitucional. Se trata así de una *opera prima* que en realidad no lo es, o al menos no es una *opera prima* al uso, atendiendo a la madurez y seguridad en el juicio de quien se encuentra ya acostumbrado a profesar en la universidad la disciplina del Derecho constitucional y a interactuar con sus principales cultivadores mucho tiempo antes, incluso, de defender su tesis doctoral. Se trata, por tanto, de la obra escrita por un individuo que ya conoce relativamente bien para su juventud, el medio al que se destinan las conclusiones de su primer trabajo de investigación.

De otro lado, la obra revela una evidente solidez metodológica que muy probablemente el autor debe agradecer a las enseñanzas de su maestro, el Profesor Fernández Segado, de quien ha heredado un método de razonamiento y de escritura severo en la forma y profundo en el fondo. En una tesis como esta, de tan amplio objeto, la exigencia y la perceptibilidad de un método científico riguroso es tanto como la diferencia entre el sistema o el caos. Alternativa que en el caso de esta obra, afortunadamente se decanta por la primera. Podríamos decir que –siendo algo obviamente imposible en una tesis doctoral con objeto tan extenso– su autor aspira no ya a ser riguroso, ni siquiera exhaustivo, en los temas que trata, sino que tiene en muchas ocasiones la pretensión de agotarlos en su contenido. Pretensión científica que dota la obra recensionada de solidez en la forma y determinación en los juicios. Por eso mismo, pese a estar bien redactada, si el lector que se asoma a sus páginas solo tiene una superficial lectura de su índice o incluso de algunas partes de su texto, puede llevarse una equivocada sensación de aridez.

Durante la primera parte de la obra, siendo la dignidad un concepto con sentidos tan diversos a lo largo de la historia, Oehling tiene la prudencia de hacer una rápida exposición acerca de los más relevantes significados que la idea de dignidad ha tenido a lo largo de la historia y que varían profundamente en el mundo de los antiguos y en el mundo de los modernos; siendo que en el primero la dignidad venía derivada de la integración en un grupo y es el liberalismo quien recrea la posibilidad de alcanzar la dignidad individualmente como persona. Dignidad fundada desde entonces mucho más en la libertad del hombre moderno que en la honorificencia derivada de la pertenencia a determinada casta, clase, gremio o grupo social de prestigio.

Este análisis introductorio será, sin embargo, completado de forma muy detallada en páginas posteriores del conjunto de la obra. Sus capítulos no siguen así un método cronológico global, sino un método analítico que aborda las materias tratadas por bloques de conocimiento (el análisis histórico del concepto de dignidad desde el pasado, el análisis de su evolución filosófica también desde el pasado, etc.) probablemente porque es este el método que mejor se adapta a las cuestiones objeto de investigación.

Realizada esa primera acertada incursión en el concepto de dignidad a lo largo del devenir histórico, el autor se embarca en la nada fácil abordaje de la construcción filosófica del concepto intelectual de dignidad de la persona desde la antigüedad clásica hasta nuestros días, partiendo de las doctrinas helénicas y romanas acerca de la cuestión y siguiendo por las medievales y modernas, hasta alcanzar de nuevo las más actuales doctrinas contemporáneas. A estas alturas de la obra, ya ha dado tiempo al lector a percatarse bien del tipo de material científico que tiene entre las manos y, aún diríamos, del legítimo objetivo de su creador de realizar una perspectiva revisora general de todos estos hechos históricos y criterios filosóficos, desde la perspectiva actual de una nunca ocultada óptica iusnaturalista clásica de inspiración cristiana.

Siguiendo con el citado método iusnaturalista –que el autor presenta con claridad y honradez– aborda a continuación el concepto constitucional de la dignidad de la persona, exponiendo algunas de las doctrinas que la reconocen, para continuar con las escépticas o negatorias de este concepto. Y dentro de las primeras, clasificando aquellas doctrinas partidarias de atribución de dignidad a las personas separándolas en condicionales, universales y materialistas. Transitado este rico *iter* iusfilosófico, la investigación avanza hacia un reconocimiento del movimiento constitucional como protector en todo caso de la dignidad de las personas y configurador de un orden objetivo de protección de la dignidad personal, donde se manejan con especial solvencia por el autor las doctrinas del contemporáneo constitucionalismo alemán.

Más adelante, la investigación se centra ya en el estudio de la persona como sujeto de la noción de dignidad, apostando por la construcción de un concepto abiertamente partidario de considerar la vida y la dignidad como bases del concepto de persona. Es precisamente en este delicado punto donde el autor –al fundar el concepto de persona en el de dignidad de la vida humana– se ve obligado a realizar una larga serie de consideraciones bioéticas en las que se interroga acerca de las principales cuestiones controvertidas en la materia como el aborto, la embriología, el empleo de células madre para fines de investigación, la reproducción asistida, la clonación de seres humanos y otras cuestiones análogas que aborda separadamente y que soluciona de forma tan coherente como previsible, según los esquemas clásicos de un derecho natural de confesada inspiración tomista y cristiana. En el mismo capítulo, superadas las digresiones sobre esas materias a las que Oehling dedica detallada atención –y por las que aparentemente siente verdadera afición intelectual– pasa a detallar otras cuestiones relativas no a la persona, sino a la per-

sonalidad derivada en otros entes, como las personas jurídicas, en cuanto que sujetos con dignidad jurídica. En este punto he de confesar haber echado en falta algo más de extensión en sus afirmaciones, no porque estas no sean suficientemente claras, sino porque lo atractivo de esta exposición merece a mi entender un tratamiento más prolijo y completo, para el que el autor sin duda se está preparando y con el que seguro en breve, llamará nuestra atención y curiosidad sobre este punto. Por último Oehling digresiona también de forma mucho más lacónica –por no ser este el principal objeto de análisis de la tesis doctoral– acerca de ciertas materias de honorificencia accidental como las dignidades de grupo a las personas o, incluso, las dignidades nobiliarias. He de reconocer de este capítulo me han parecido especialmente interesantes –compártanse o no sus conclusiones– las digresiones entre los conceptos de dignidad de la persona, dignidad humana y dignidad ciudadana. Y he de confesar que también me han llamado poderosamente la atención por su originalidad las reflexiones realizadas en torno al naciente concepto de dignidad de los animales y de sus más recientes manifestaciones y aún de la vida vegetal. Reflexiones aparentemente fuera de contexto pero a las que viene con toda lógica obligado el autor desde su prisma filosófico, partidario del sostenimiento de las ideas de vida y dignidad natural derivada de ésta, como bases fundamentales del concepto de persona. Reflexiones tras las que termina mostrándose partidario de un tratamiento de cierta deferencia jurídica hacia los animales y, en todo caso, de evitación de su innecesario sufrimiento.

Sobre la recepción constitucional de la noción de dignidad de la persona, haciendo honor a su formación académica, Oehling la entiende vinculada fundamentalmente a los hitos normativos que tras la Segunda Guerra Mundial constituyeron la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en cuanto que textos que hicieron tomar conciencia de que sin respeto a la dignidad personal, no cabe la existencia de una verdadera Constitución. Análisis que completa con una breve exégesis de otros textos constitucionales como los de Italia, Portugal, Polonia, Suiza o España. Particularmente, en el caso español, mostrándose abiertamente partidario del reconocimiento de la dignidad humana no solo como principio inspirador del constitucionalismo, sino como derecho fundamental. Análisis que se completa con una exégesis jurisprudencial y con el abordaje de estos mismos conceptos desde la perspectiva del derecho anglosajón y de otros modelos híbridos y del Derecho de la Unión Europea.

La última parte de la obra la dedica Oehling a reflexionar en torno a lo que denomina la dimensión relacional de la dignidad de la persona, que viene a ser su conexión con los valores superiores del ordenamiento jurídico con los que esta noción tiene una relación directa. Así, se estudia de una forma fuertemente valorativa e individualizada la conexión de la dignidad de la persona con los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político como presupuestos jurídico-políticos necesarios para el respeto a la dignidad. Última parte de la obra que se completa con una conexión relacional entre dignidad

de la persona y ejercicio de derechos fundamentales en los que el autor vuelve a emitir respecto de algunos *puncti controversiae* –que el mismo autor reconoce honestamente que lo son– sus ya muy previsibles juicios en relación con diversas cuestiones bioéticas que constituyen una verdadera preocupación para él a lo largo de toda la obra, fundamentalmente al conectar la dignidad de la persona con el derecho a la vida o en relación con los tratos inhumanos o el derecho al honor. Respecto de esta parte de la investigación, compártanse o no los juicios emitidos, no cabe duda de que sus argumentos se encuentran bien defendidos y, sobre todo, que la investigación realiza una detallada exégesis de supuestos concretos resueltos oficialmente en diversos Estados –que revelan una intensa labor de investigación– y que serán de gran utilidad para el estudioso de la materia o para aquellos investigadores que consulten la obra y pretendan profundizar en cuestiones de esta naturaleza, al margen de que alcancen o no las mismas conclusiones que alcanza el autor sobre los casos que aporta a la investigación.

En suma, una superficial lectura de la obra de Alberto Oehling puede parecer una obra más de filosofía jurídica que de Derecho constitucional; pero esta visión es solo aparente. La idea del autor es, partiendo de un sólido aparato filosófico, alcanzar la idea comúnmente aceptada de dignidad de todos los seres humanos, y la intención del Derecho constitucional de positivizar esta idea; con la salvedad de que es desde este momento el Derecho quien adquiere el compromiso de dotar de un contenido jurídico este concepto de dignidad. Contenido que Oehling se esfuerza no ya en enunciar, sino en concretar partiendo de sus esquemas confesadamente iusnaturalistas y confesadamente clásicos en una línea tomista, omnicomprendiva y en cierta medida unitaria del concepto de dignidad, vinculadora de este concepto de dignidad al derecho a la vida del sujeto desde la concepción hasta su fallecimiento natural, como principal preocupación de su autor. Tesis que se comparten o no, aparecen bien construidas y expuestas, adecuadamente razonadas, apoyadas en una sólida doctrina científica y en una exégesis jurisprudencial digna de elogio que se va trayendo a colación en diferentes pasajes de esta obra científica.

Por otra parte, con esta obra de tan vasto objeto como es la dignidad de la persona, su autor se ha asegurado hacia el futuro una interesante plataforma que le va a permitir desarrollar diversas líneas de investigación jurídica conexas con la misma, por lo que resultan de prever en el futuro obras del mismo investigador que, en la medida en que los acontecimientos lo vayan demandando, reactualicen, concreten o profundicen en el contenido de esta publicación.

Como balance final, la obra publicada revela a un investigador culto, inquieto en sus aspiraciones intelectuales y determinado en sus juicios y conclusiones que, sin embargo, procura emitir de una forma sólida y fundada. Una obra pues que, al margen de los juicios emitidos en ella por su autor, y por encima de que los mismos resulten al lector crítico atinados en todo, en parte o en nada; no deja de suponer una indudable aportación a la doctrina

científica que será de gran utilidad por su propio contenido y por la interesante documentación y extensa bibliografía en la que la misma se apoya.

José María Coello de Portugal
Universidad Complutense de Madrid

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se entregarán en papel (en el Decanato de Derecho a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico a la dirección <Estudiosdeusto@der.deusto.es>).
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico, y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:

a) Bibliografía

- GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del "levantamiento del velo" y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
- DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

b) Legislación

- España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
- Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
- Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.

c) Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership, Rec. 2004, p. 175.
5. **Proceso de publicación.** El director de la revista, con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor, decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (\pm 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
 6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en la revista *Estudios de Deusto* podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.

Estudios de Deusto

Volume 59, Issue 2, July-December 2011

Table of Contents

Studies

The origin and development of the Social Security: a materialist approach

José Andrés Álvarez Patallo

The delay in the election of judges of the Constitutional Court. A prospective solution

José Antonio Estrada Marún

The political participation of foreigners in local elections May 22, 2011. A critical reflection on a failed attempt inclusive democracy

Mercedes Iglesias Bárez

The Constitutional Court, the Social State clause, social rights and the right to a minimum decent

living wage in the German Federal Republic

Pedro J. Tenorio Sánchez

An approach to the content of the constitutional right to enjoy a suitable environment

Manuel Terol Becerra

The extrajudicial diffusion of the just law v. the challenge of the dimitution of the world

Manuel María Zorrilla Ruiz

Notes

The need for the upgrade of the modification of obligations regime

Moisés Barrio Andrés

The questionable constitutionality of the

legal regulation of the measures restricting the debtor fundamental rights within the insolvency proceedings

Manuel Díaz Martínez

Jurisprudence

Universal shareholders meeting and public order (a comment on the Supreme Court Decision of 19 April 2010)

Aranzazu Pérez Moriones

Book review

La dignidad de la persona, by José M^a Coello de Portugal

Alberto Oehling de los Reyes