

Estudios de Deusto

Vol. 61/1 Enero-Junio 2013

Sumario

Estudios

La función de proposición y admisión de prueba en la audiencia previa
Xavier Abel Lluch

El quiebro del PSOE en 1933. Del Gobierno a la Revolución (y II)
Victor Manuel Arbeloa Muru

Estado de Derecho y Pluralismo religioso
Arturo Calvo Espiga

Apuntes para una relectura heterodoxa de la transición política española
Eloy García López

Algunas consideraciones metodológicas a propósito de la nueva relación entre Estado, Derecho y Justicia Social en el constitucionalismo de mercado europeo
Ainhoa Lasá López

Certeza y verdad en el Derecho
Agustín Luna Serrano

Algunos supuestos de infamia y sus consecuencias jurídicas en las fuentes romanas y medievales
Olga Marlasca Martínez

Los retos de la democracia: la democracia participativa como complemento de la democracia representativa
Alfredo Ramírez Nardiz

Reflexiones en torno al marco normativo en materia de investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos en España
Asier Urruela Mora

Adecuación judicial del sistema de fuentes del Derecho objetivo al hoy y el mañana del Estado de bienestar
Manuel María Zorrilla Ruiz

Jurisprudencia

The *Robathin v Austria* Ruling by the European Court of Human Rights: Some Preliminary Considerations from a Competition law Perspective
Pablo Figueroa Regueiro, Yulia Tosheva

Congresos

Conformidad de la iniciativa marroquí de autonomía en el Sahara con las normas y estándares internacionales en materia de autonomía
Amina El Messaoudi

La autonomía financiera: ¿Causa o efecto de la especialidad regional?
Nicolò Megliorini

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC,
DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE,
PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 61/1

Desde su fundación vol. 90

(Fasc. 130)

Enero-Junio 2013

Bilbao

Universidad de Deusto

2013

Director:

Ignacio M^a Beobide Ezpeleta (Universidad de Deusto)

Secretario:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto)

Consejo de Redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg); Iciar Basterretxea Moreno (Universidad de Deusto); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra); Lela P. Love (Cardozo Law School); Giuseppe Martinico (CEPC); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University); Demetrio Velasco Criado (Universidad de Deusto); Patrick Wautelet (Université de Liège)

Consejo Asesor:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto); Vito Breda (Cardiff Law School); José Ramón Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto); Ken Fox (Hamline University); Inmaculada Herbosa (Universidad de Deusto); Miodrag Jovanovic (Universidad de Belgrado); Francisco Marcos (IE Law School); Haluk Kabaalioglu (YeditepeUniversity); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto); Martín Oudin (Université François Rabelais-Tours); Carlos Romero Rey (Tribunal Supremo); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Suscripciones:

Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones

C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid

e-mail: revistas@marcialpons.es

Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

Precios de suscripción:

Europa..... 45 €

Número suelto..... 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo 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.

Sumario

Estudios

Xavier ABEL LLUCH, <i>La función de proposición y admisión de prueba en la audiencia previa</i>	13
Victor Manuel ARBELOA MURU, <i>El quiebro del PSOE en 1933. Del Gobierno a la Revolución (y II)</i>	39
Arturo CALVO ESPIGA, <i>Estado de Derecho y Pluralismo religioso</i>	87
Eloy GARCÍA LÓPEZ, <i>Apuntes para una relectura heterodoxa de la transición política española</i>	127
Ainhoa LASA LÓPEZ, <i>Algunas consideraciones metodológicas a propósito de la nueva relación entre Estado, Derecho y Justicia Social en el constitucionalismo de mercado europeo</i>	155
Agustín LUNA SERRANO, <i>Certeza y verdad en el Derecho</i>	193
Olga MARLASCA MARTÍNEZ, <i>Algunos supuestos de infamia y sus consecuencias jurídicas en las fuentes romanas y medievales</i>	247
Alfredo RAMÍREZ NARDIZ, <i>Los retos de la democracia: la democracia participativa como complemento de la democracia representativa</i>	271
Asier URRUELA MORA, <i>Reflexiones en torno al marco normativo en materia de investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos en España</i>	295
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Adecuación judicial del sistema de fuentes del Derecho objetivo al hoy y el mañana del Estado de bienestar</i>	349

Jurisprudencia

Pablo FIGUEROA REGUEIRO, Yulia TOSHEVA, <i>The Robathin v Austria Ruling by the European Court of Human Rights: Some Preliminary Considerations from a Competition law Perspective</i>	381
--	-----

Congresos

Amina EL MESSAOUDI, *Conformidad de la iniciativa marroquí de autonomía en el Sahara con las normas y estándares internacionales en materia de autonomía* 391

Nicolò MEGLIORINI, *La autonomía financiera: ¿Causa o efecto de la especialidad regional?* 409

Recensiones

Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO, *Laicidad y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, por Abraham Barrero Ortega 425

Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, por Gema Tomás Martínez y Tammo Wallinga 431

Table of Contents

Studies

Xavier ABEL LLUCH, <i>The function of proposition and admission of evidence in the preliminary hearings</i>	13
Victor Manuel ARBELOA MURU, <i>The crash of the PSOE in 1933. From the Government to the Revolution (and II)</i>	39
Arturo CALVO ESPIGA, <i>Rule of law and religious pluralism</i>	87
Eloy GARCÍA LÓPEZ, <i>Assumptions for an interpretation of the political transition in Spain</i>	127
Ainhoa LASA LÓPEZ, <i>Methodological considerations on the new relationship between State, Law and Social Justice within the European market constitutionalism</i>	155
Agustín LUNA SERRANO, <i>Certainty and truth in Law</i>	193
Olga MARLASCA MARTÍNEZ, <i>Some issues on infamy and its legal consequences in Roman and Medieval law</i>	247
Alfredo RAMÍREZ NÁRDIZ, <i>The challenges of democracy: participative democracy as complement of representative democracy</i>	271
Asier URRUELA MORA, <i>Reflections on the legal framework on invasive procedures research involving human beings in Spain</i>	295
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Judicial suitability of the system of the sources of the Law to the Welfare State of today and tomorrow</i>	349

Case Law

Pablo FIGUEROA REGUEIRO, Yulia TOSHEVA, <i>The Robathin v Austria Ruling by the European Court of Human Rights: Some Preliminary Considerations from a Competition law Perspective</i>	381
--	-----

Conferences

Amina EL MESSAOUDI, *Compliance of the Moroccan autonomy initiative in the Sahara with international laws and standards relating to autonomy* 391

Nicolò MEGLIORINI, *Fiscal autonomy: ¿cause or consequence of the regional speciality?* 409

Book reviews

Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO, *Laicidad y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, by Abraham Barrero Ortega 425

Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Roman*, by Gema Tomás Martínez and Tammo Wallinga 431

ESTUDIOS

LA FUNCIÓN DE PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DE PRUEBA EN LA AUDIENCIA PREVIA

Xavier Abel Lluch

Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio
Facultad de Derecho – ESADE
Universidad Ramón Llull

SUMARIO. 1. Introducción.–2. Apertura período probatorio. Impulso de oficio.–3. La proposición de los medios de prueba.–4. El juicio sobre la admisión de los medios de prueba. 4.1. El juicio de admisión y el incidente de ilicitud. 4.2. La admisión de los documentos y dictámenes iniciales. 4.3. La limitación del número de testigos.–5. La impugnación de la resolución sobre la admisión de las pruebas.–6. La facultad judicial de integración probatoria (art. 429.1, II y III LEC).–7. El señalamiento del juicio.–8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio tiene por objeto el estudio de la función probatoria en la audiencia previa. Como es sabido, el legislador ha concentrado en este trámite procesal una pluralidad de funciones –conciliadora, saneadora de defectos procesales, delimitadora de los términos del debate y probatoria-. Esta última función probatoria, y más concretamente de proposición y admisión de los medios de prueba, tiene por finalidad fundamental la preparación del juicio.

Se analizarán cada uno de los aspectos contenidos en la regulación de los artículos 429 y 430 LEC, desde la forma y modo de proponer los medios de pruebas, hasta los presupuestos y caracteres del juicio de admisión de los medios de prueba, pasando por la novedosa y controvertida facultad que permite al juez efectuar una indicación de insuficiente probatoria (art. 429.1, II y III LEC), para terminar con los aspectos relativos al señalamiento del juicio.

2. APERTURA PERIODO PROBATORIO. IMPULSO DE OFICIO.

Ni en la audiencia previa del juicio ordinario –ni en la vista del juicio verbal– se precisa solicitar el recibimiento del juicio a prueba, sino que el período probatorio se abrirá, sin necesidad de previa petición de parte, por impulso de oficio.

Bajo la vigencia de la LEC de 1881, y en un proceso civil inspirado por la escritura, el impulso de la actividad probatoria, en orden a la solicitud del recibimiento a prueba y la proposición de las pruebas, correspondía a las partes. En la comparecencia del menor cuantía, se preveía que «si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba del pleito, habrán de solicitarlo en el acto de la comparecencia» (art. 692.4^a;

II LEC 1881). E incluso para el juicio de mayor cuantía se preveía que el juez recibiera el juicio a prueba en el caso de que todos los litigantes lo hubieran solicitado y en caso de existir oposición de algún litigante, y previa audiencia a los mismos, el juez debía decidir lo que estimara procedente (art. 550 LEC 1881). En la práctica forense, lo más habitual era solicitar el recibimiento del juicio a prueba en un otrosí del escrito de demanda, para evitar que el olvido en un momento posterior privara a la parte de su derecho a la prueba.

La LEC, con la finalidad de evitar «tiempos muertos», opta por el impulso de oficio en el recibimiento del juicio a prueba y en la proposición de los medios de prueba. El art. 429.1 LEC dispone que, en defecto de acuerdo de las partes para finalizar el litigio o existiendo hechos controvertidos, «la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de prueba. Y *mutatis mutandi* existe una previsión similar para el juicio verbal, puesto que el art. 443.4 LEC, sobre el desarrollo de la vista, dispone que «si no hubiera conformidad sobre ellos [los hechos relevantes que funden las pretensiones de las partes], se propondrán las pruebas,...».

Jurídicamente el impulso es la facultad (judicial) o carga (de la parte) de hacer progresar el proceso, de dar continuidad a las actuaciones procesales promoviendo los trámites procesales correspondientes. Una vez desaparecida la necesidad –en expresión de SERRA DOMÍNGUEZ la «anomalía»– de la solicitud del recibimiento del juicio a prueba dependiente de la voluntad de las partes, el impulso de la actividad probatoria es de oficio en cuanto a la apertura del juicio a prueba¹. Se producirá cuando no exista conformidad sobre los hechos controvertidos (arts. 429.1 y 443.4 LEC), aun sin mediar petición de las partes².

3. LA PROPOSICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

La proposición de los medios de prueba tiene lugar en la audiencia previa (en el juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal) que son actos presididos por la oralidad. La proposición de los medios de prueba debe efectuarse oralmente y de la misma quedará constancia en el acta de grabación que se extienda al efecto (art. 147 LEC).

¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, p. 535, afirma que «estando la prueba dirigida toda ella a formar la convicción judicial, se comprende que es el Juez el principal interesado en la correcta formación de la prueba y, por tanto, quien debe apreciar libremente su procedencia o improcedencia y en su caso dirigir todo el periodo probatorio».

² ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., «Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva LEC (y II)», *Diario La Ley*, núm. 5379, de 20 de septiembre de 2001, p. 7.

Existe un *usus fori* –admitido por la doctrina³ y la jurisprudencia⁴– en virtud del cual los letrados, una vez formulada oralmente la proposición de los medios de prueba de que intenten valer, acompañan una minuta de proposición de prueba que entregan al Juez o Secretario, en la que se contiene una enumeración separada de los medios de prueba, con identificación de cada uno de los propuestos, y de los nombres y direcciones de testigos y peritos.

Dicha minuta ofrece ventajas tanto para los letrados, cuanto para el propio juez. A los letrados les permite formular oralmente –y sin olvido– todos los medios de prueba o, en su caso, modular su propuesta a la vista de la proposición de medios efectuada de adverso o de la fijación de los hechos controvertidos. Al juez le facilita el juicio de admisión de los medios de prueba, porque puede tener a la vista «el listado» de los propuestos y también el libramiento de oficios para citación de testigos y peritos y de despachos para la obtención de los documentos.

No existe previsión legal del traslado de la minuta de proposición de los medios de prueba y es muy dudoso que tenga encaje en la previsión que obliga a dar copia de escritos y documentos a las demás partes (art. 273 LEC), en cuanto no es un «escrito» del proceso ni está previsto en trámite legal alguno, aun cuando puede resultar una cortesía procesal fundada en normas de deontología profesional o en observancia de la buena fe procesal (art. 247 LEC).

En caso de disconformidad entre la minuta de proposición de los medios de prueba y los propuestos oralmente, prevalecen éstos últimos por ser la audiencia previa –y también la vista del juicio verbal– un acto oral y no existir exigencia legal de aportar por escrito los medios propuestos.

Se ha planteado si cabe la renuncia a un medio de prueba (ej. interrogatorio de las partes o testigos) una vez admitido y con anterioridad a su práctica. A favor de la renunciabilidad se ha argumentado la vigencia del principio

³ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., Thomson, Cizur Menor, 2010, p. 316, apunta «la forma del acto de proposición debe ser oral, pero no veo obstáculo a que, junto con la exposición oral de la prueba propuesta se acompañe y presente relación escrita con los datos precisos para preparar la práctica, en su caso, de cada medio propuesto (relaciones de nombres de testigos, datos de direcciones, etc.)».

⁴ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1ª, de 1 de febrero de 2011, FJ 2º (La Ley 30748/2011) razona: «Es cierto que solo se presenta una factura de fecha 24 de septiembre de 1999, de material de obra y sin nombre del destinatario, sin embargo hay que considerar suficientemente probadas las obras cuyo importe se recoge en el informe pericial, tanto por dicho dictamen en el que se acompañan fotografías de las mismas, como por el reconocimiento de Dª Julia, al que se ha hecho mención y por la prueba testifical, teniendo en cuenta que la parte interesó una prueba más amplia pero la Juez inadmitió las declaraciones de otros testigos cuyo llamamiento al pleito era precisamente para acreditar la realización de las distintas obras, como se explica en *la minuta de prueba* (folio 190) [...]» (La cursiva es mía).

de aportación de parte en el proceso civil. En virtud de dicho principio a las partes corresponde la carga de la alegación y prueba de los hechos afirmados en su escrito de alegaciones. Así se recoge en el artículo 216 LEC –erróneamente rubricado principio de justicia rogada– al disponer que «los tribunales decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa». Si la parte tiene la facultad y la carga de proponer los medios de prueba de que intenta valerse, también debe tener la facultad de renunciar a los mismos, siempre que la renuncia se produzca con anterioridad a la práctica y, por ende, desconociéndose el resultado que va arrojar su práctica⁵. Se añade, además, que el art. 288 LEC, rubricado sanciones por la no ejecución de la prueba en el tiempo propuesto, dispensa de la imposición de la sanción en el supuesto que el litigante desistiere de practicar una prueba si él la hubiese propuesto, admitiéndose normativamente el desistimiento con respecto a los medios de prueba propuestos.

En contra de la renunciabilidad se invoca el principio de adquisición procesal, que en la formulación de CHIOVENDA, significa que el resultado de las pruebas pertenece al proceso, con independencia de la parte que la haya propuesto⁶ o en palabras de la STS de 9 de mayo de 2011 «el tribunal puede tomar en consideración, sin incurrir en vicio de incongruencia, las pruebas aportadas válidamente al proceso, cualquiera que sea la parte que las haya incorporado, en virtud el principio de adquisición procesal»⁷. Se añade también que el hecho que una prueba se haya admitido, genera una expectativa sobre su práctica que puede verse frustrada de admitirse el desistimiento. Y también se alega que una vez admitido un medio de prueba (ej. interrogato-

⁵ En este sentido MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2012, p. 114, para quien «la proposición de un medio de prueba por una parte, e incluso su admisión por el juez, no obliga a la parte a practicar ese medio, siendo indudable que la parte puede renunciar al mismo antes que se practique (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1992)».

⁶ Fue formulado por vez primera por CHIOVENDA, quien en sus *Principios de Derecho Procesal* afirma: «Del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única, derivase también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal). En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos éstos pueden ser utilizados por la otra parte» (*Principios de Derecho Procesal Civil*, t.II, traducc. De J. Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1925, p. 205).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2011, FJ 6º (La Ley 62802/2011). Puede verse también sobre el principio de adquisición procesal el trabajo de PICÓ i JUNOY, J., «El principio de adquisición en materia probatoria», *La Ley*, 2006, t.1, p. 1309 y ss, con abundante cita de jurisprudencia, y el de CORBAL FERNÁNDEZ, J., «La adquisición procesal y la carga de la prueba», en *La prueba en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXIV/1993, CGPJ, 1993, particularmente pp. 150-173.

rio de las partes o de testigos) las demás partes no proponentes de ese medio de prueba tienen derecho a participar en el interrogatorio.

Resultan más convincentes los argumentos contrarios a la renunciabilidad, y básicamente el principio de adquisición procesal, que a nuestro entender opera una vez recaído el juicio de admisión de los medios de prueba –sin necesidad de esperar a la práctica de la prueba–, y en virtud del cual se genera el derecho y la expectativa a su práctica. A efectos prácticos, una solución puede ser que habiéndose planteado por una parte la renuncia a un medio admitido el juez de traslado de dicha petición a la parte adversa, y si la misma se conforma, no haya ningún obstáculo en admitir la renuncia y si la parte adversa no se conforma, el juez resuelva lo procedente.

4. EL JUICIO SOBRE LA ADMISIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Entre la proposición y la práctica de la prueba media el juicio sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba. Con razón afirma MUÑOZ SABATÉ que falta una reflexión sobre el juicio de admisión de los medios de prueba. Basta pensar, por un momento, la asimetría entre la posición del letrado –que tarda mucho tiempo en averiguar y proponer sus medios de prueba– y del juez –que emite su juicio de admisión o inadmisión– en una resolución oral e instantánea⁸.

Un análisis del juicio sobre la admisión de los medios de prueba exige referirse a su naturaleza jurídica –la de un deber judicial–, los presupuestos de su ejercicio –la fijación de los hechos controvertidos y la proposición de prueba–, los parámetros legales de admisión –pertinencia, utilidad y licitud– los caracteres de la resolución judicial –oral, individualizada, motivada, expresa y recurrible–, el alcance de la máxime *pro probatione* y, finalmente, el juicio sobre la ilicitud de la prueba.

La proposición de los medios de prueba es una facultad y una carga de las partes, mientras el juicio sobre la admisión constituye un deber del juez⁹, en el sentido que éste inexcusablemente debe pronunciarse sobre cada uno de

⁸ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 239, señala el contraste entre «la cantidad y la calidad del trabajo que sule emplear un abogado en diseñar lo que yo llamo su fórmula probática necesariamente supera a la del juez al dictar su proveído de admisión».

⁹ La tensión entre la carga de las partes y el deber del juez se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 1997, FJ 3º (EDJ 1997/4019) en los términos literales siguientes: «Desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o impertinencia [...]. Aquí se plantea una vez más la tensión dialéctica entre la independencia del Poder Judicial, titular de la función jurisdiccional y la salvaguarda de las garantías constitucionales que nos corresponde, como se diseña en el art. 123 CE».

los medios de prueba propuestos (art. 285.1 LEC), para admitirlos o denegarlos, sin que pueda omitir su resolución o diferirla a un momento posterior.

La admisión de los medios de prueba requiere la previa posición de los medios de prueba y la fijación de los hechos controvertidos. Sin la previa proposición de los medios de prueba, y a salvo de los supuestos de prueba de oficio, el juez no puede emitir su juicio de admisión o inadmisión de prueba. La fijación de los hechos se traduce en la dispensa de prueba de los hechos «sobre los que exista conformidad de las partes» (art. 281.3 LEC) y en la fijación de los controvertidos como una función específica –llamada por ALONSO-CUEVILLAS «función sub-concretora»¹⁰– de la audiencia previa y como precedente inmediato y necesario de la proposición de los medios de prueba.

Los parámetros o criterios legales de admisión de prueba se traducen en la pertinencia, utilidad y legalidad. Pertinencia, referida a la relación entre los medios de prueba propuestos y el objeto de la prueba. Utilidad, referida a la idoneidad del medio propuesto para acreditar el hecho discutido. Y legalidad, en cuanto observancia de las normas procesales –básicamente de forma y plazo– de proposición de prueba.

La decisión judicial admitiendo o denegando los medios de prueba propuestos se expresa mediante una resolución oral, individualizada, motivada, expresa y recurrible, debiéndose analizar cada uno de estos caracteres.

a) Oral. La oralidad, permite la resolución instantánea en la misma audiencia previa, sin posibilidad de diferirla en el tiempo¹¹ e *inaudita parte* (sin necesidad de audiencia a la contraparte)¹², y facilita el juicio sobre la admisión, permitiendo, a modo de ejemplo, que el juez indague sobre una prueba cuya admisión puede *prima facie* resultar dudosa o por la relación del testigo propuesto con los hechos controvertidos.

b) Individualizada. La resolución de admisión o inadmisión se extiende a todos y cada uno de los medios propuestos, por imperativo del art. 285.1 LEC, se hayan formulado en la proposición inicial o a raíz de la facultad de completar o modificar los medios de prueba cuando el juez hace uso de la normativa del art. 429.1, II y III LEC. Lo cual no impide, obviamente, que una vez admitido un medio de prueba (ej. interrogatorio de las partes o de

¹⁰ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La audiencia previa», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. II, Dijusa, Barcelona, 2000, p. 166.

¹¹ ASENCIO MELLADO, J. M., «El proceso civil práctico», t. IV, La Ley, 4ª ed., Madrid, 2010, p. 77; VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «El juicio sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba», *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 110 y 120.

¹² FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario al art. 285 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Atelier, Barcelona, 2000, p. 1324.

testigos), determinadas preguntas sean pertinentes y otras no, con lo cual la denegación del medio de prueba es parcial¹³.

c) Motivada. Es necesario razonar tanto la admisión cuanto la inadmisión de los medios de prueba, y particularmente su denegación, pues puede producir indefensión, susceptible de tutela a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). La motivación de la inadmisión, sin llegar a ser exhaustiva, debe ser suficiente y comprensiva del razonamiento denegatorio, siendo deseable no abusar de fórmulas estereotipadas tales como «impertinente» o «inútil», sin una concreta referencia a las circunstancias del caso.

d) Expresa. La resolución judicial debe ser de admisión o inadmisión, y no sujeta a condición alguna¹⁴, de manera que la parte perjudicada por la admisión o inadmisión, en uso de su derecho a la tutela judicial efectiva, pueda impugnarla a través de los recursos oportunos.

e) Recurrible. La resolución sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba en la audiencia previa es recurrible a través de un recurso de interposición, substanciación y resolución oral (art. 285.2 LEC)¹⁵.

Resulta conveniente atender a la máxima *pro probatione* e incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que en su denegación¹⁶. Ahora bien, el recurso a la máxima *pro probatione* no es automático, sino que exigirá la previa fijación de los hechos controvertidos –pues sobre los hechos admitidos hay dispensa prueba (art. 281.3 LEC)–, la inexistencia de dudas sobre la admisión o inadmisión –pues existen supuestos que ofrecen pocas dudas– y

¹³ GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al art. 285 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol.1, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 1016; RODRIGUEZ TIRADO, A. M., «El interrogatorio de testigos», en *Instituciones del nuevo Proceso Civil*, vol. II, Dijusa, Barcelona, 2000, p. 394.

¹⁴ ASENCIO MELLADO, J. M., en «El proceso civil práctico», *ob. cit.*, p. 75, apostilla que «ni siquiera cabe una admisión *ad cautelam* para su práctica en un momento posterior a la ejecución».

¹⁵ VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «El juicio sobre la admisión de los medios de prueba», *ob. cit.*, p.113 apunta como ventajas de la posibilidad de recurrir la admisión de las pruebas: 1) evitar dilaciones indebidas, zanjando la práctica de admitir incondicionalmente todas las pruebas; 2) clarificar el objeto del proceso; 3) razones de orden económico, en cuanto que la parte afectada por la admisión de pruebas superfluas, si posteriormente es condenada, habrá de soportar el pago de dichas pruebas.

¹⁶ La jurisprudencia constitucional recuerda que la constitucionalización del derecho a la prueba implica «una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los tribunales proveer a su satisfacción, sin desconocerlo no obstaculizarlo [el derecho a la prueba], siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación» (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de febrero de 1986, FJ 8º, EDJ 1998/30).

la concurrencia de un *dubio*, entendido como la concurrencia de una duda razonable sobre los criterios de pertinencia, utilidad o legalidad.

Se ha planteado si cada parte puede pronunciarse sobre la prueba propuesta de adverso con anterioridad al juicio de admisión (o inadmisión) del juez. En orden a la proposición de los medios de prueba se prevé que «la proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación» (art. 284 LEC) y que «el tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas» (art. 285.1 LEC), sin mayores concreciones procedimentales.

La parte actora formulará oralmente los medios de prueba de que intente valerse, acto seguido efectuará lo mismo la parte demandada, y a continuación debe recaer el juicio de admisión del juez, sin que exista una previsión legal en virtud de la cual cada parte pueda pronunciarse –y, en su caso, impugnar– los medios propuestos de adverso con anterioridad al juicio de admisión. Cuestión distinta es la existencia de una práctica forense, carente de sustrato normativo, en virtud de la cual el juez concede un turno de palabra a las partes con anterioridad a pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba, y que probablemente obedezca más a una comodidad judicial que a la observancia de un precepto legal.

El derecho a la contradicción y, más genéricamente, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a los recursos, se salva mediante la previsión, con respecto al juicio ordinario, de un recurso de reposición oral contra la admisión o inadmisión de cualesquiera medios de prueba (art. 285.2 LEC). Se trata de un recurso de reposición de interposición, substanciación y resolución oral, todo ello en el mismo acto de la audiencia previa.

También se ha planteado si debe recaer una resolución sobre admisión o inadmisión de todos los medios de prueba en la audiencia previa o puede el juez diferir la admisión de algún medio de prueba a un momento posterior. La proposición de los medios de prueba es oral y concentrada en la audiencia previa –salvo, por supuesto, los supuestos de prueba anticipada (art. 293 LEC) o de diligencias finales (art. 435.1 LEC)–. Y el juicio sobre la admisión –o, en su caso, inadmisión– de los medios propuestos debe contenerse en una única resolución emitida en la audiencia previa, sin posibilidad de diferir su pronunciamiento a un momento posterior o de condicionar su admisión. Todo ello a salvo de los supuestos de proposición subsidiaria (ej. pericial subsidiaria para el supuesto de no reconocimiento tras el interrogatorio de partes o de testigos de una determinada firma).

La exigencia de una resolución oral y expresa integra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, elevado a rango constitucional (art. 24.2 CE), una de cuyas exigencias es el deber judicial de pronunciarse expresamente sobre la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas, lo que permite al litigante reaccionar en forma contra el rechazo de una prueba, por lo que deben proscribirse las denegaciones condicionales de la prueba.

En la práctica forense, el juicio sobre la admisión se exterioriza mediante la expresión «se admite o se inadmite», o también la expresión específica «pertinente o impertinente» en relación con cada uno de los medios de prueba propuestos. De ahí que el uso de la fórmula o cláusula de estilo «no ha lugar por ahora sin perjuicio de lo que en su día pueda acordarse para mejor proveer»¹⁷, u otras de análoga significación –tales como «sin perjuicio de acordarla para mejor proveer»¹⁸–, a menudo empleada para pronunciarse sobre la admisión del reconocimiento judicial, deba considerarse técnicamente incorrecta y jurídicamente inaceptable, en la medida que ni admiten ni rechazan la prueba. Y eventualmente pueden generar perplejidad, cuando no indefensión, a la parte proponente, la cual ignora la conducta procesal a seguir.

4.1. El juicio de admisión y el incidente de ilicitud.

Los criterios para la admisión de los medios de prueba son los de pertinencia –relación entre la prueba propuesta y el *thema probandi*–, la utilidad –idoneidad del medio de prueba propuesto para acreditar el hecho controvertido– y legalidad –observancia de las normas de forma y tiempo en la proposición de los medios de prueba– y todos ellos aparecen recogidos en el art. 283 LEC, bajo la rúbrica de «impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria».

El incidente de ilicitud, carente de precedentes en la LEC de 1881, es el procedimiento adecuado para evitar la práctica de una prueba admitida y que pudiera resultar ilícita, en referencia a las pruebas ya admitidas (art. 287 LEC). No es posible que el tribunal pueda soslayar el incidente de ilicitud e inadmitir de oficio y *ab limine* una prueba por ilícita, como hace al inadmitir una prueba por impertinente, inútil o ilegal (art. 283 LEC)¹⁹. Tal actuación

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de mayo de 1993, FJ 5º (EDJ 1993/4677).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de febrero de 2000, FJ 4º (EDJ 2000/516).

¹⁹ En el mismo sentido ASENCIO MELLADO, J. M., «El proceso civil práctico», *ob. cit.*, pp. 124-125; PICÓ i JUNOY, J., «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 39-40; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario al art. 287 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Atelier, Barcelona, 2000, p. 1341. En sentido distinto, DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario al art. 287», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 524; GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al art. 287 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 1026, para quien «la previsión del art. 287 LEC es absurda, pues lo más deseable –ante una norma que vulnera derechos fundamentales– es que ni siquiera llegue a formar parte del proceso»; SEOANE SPIELBERGERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 300.

de oficio debería estar expresamente prevista en la Ley, y no existe en tal sentido previsión normativa.

Por el contrario, el legislador ha optado por un incidente particular de ilicitud, en el que salvando la contradicción, de singular trascendencia para la parte proponente de la prueba supuestamente ilícita, recaiga una resolución *ad hoc*, con anterioridad a la práctica de la prueba, y susceptible de un recurso de reposición, de interposición, substanciación y resolución en el mismo acto del juicio o de la vista (art. 287.2 LEC).

Cuestión distinta, y no prevista por la LEC, es si el juez puede de oficio cuestionar la licitud de una fuente de prueba en el momento de dictar sentencia²⁰. No obstante el legislador haya establecido como momento preclusivo para la denuncia de la ilicitud el inicio de la práctica de la prueba (arts. 287,1, II y 433.1 LEC), con la finalidad fundamental de evitar la «contaminación» del juzgador, si en el momento de dictar sentencia el juez advierte la ilicitud de la prueba practicada entiendo posible que pueda suscitar de oficio, e incluso a instancia de parte, un incidente de nulidad de actuaciones. Y salvando nuevamente la contradicción sobre «el concreto extremo de la referida ilicitud», declarar la ilicitud de la prueba, todo ello con fundamento en los arts. 225.5 y 227.2 LEC y 11 LOPJ y la doctrina constitucional que sanciona con nulidad la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales²¹.

4.2. La admisión de los documentos y los dictámenes en los escritos iniciales.

La admisión de los documentos, dictámenes o instrumentos –al igual que los restantes medios de prueba– solo puede tener lugar en el momento de admisión de los medios de prueba, que es la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 429.2 LEC), aun cuando por exigencias del principio de igualdad o buena fe procesal tales documentos, dictámenes o instrumentos se hayan aportado con los escritos iniciales de alegaciones.

La aportación prueba documental, al igual que los dictámenes de periciales y los instrumentos, está sometida a estrictas reglas de preclusividad. La regla general es que los documentos fundamentales y los dictámenes a instancia de parte se han de aportar junto con el escrito de demanda y de contestación a la demanda (art. 265.1 LEC)²², sin perjuicio de acudir al sistema

²⁰ ORTELLS RAMOS, M. y otros, *Derecho Procesal Civil*, 12ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 366, censura que no se haya previsto el efecto de inadmisión de la prueba ilícita, y afirma que «el tribunal tiene potestad de oficio para apreciarla».

²¹ ASENCIO MELLADO, J. M., en «El proceso civil práctico», *ob. cit.*, p. 125; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario al art. 287 LEC», *ob. cit.*, p. 1340.

²² MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *ob. cit.*, pp. 297-298, razona que el deber de aportación inicial de los documentos fundamentales radica en el principio de igualdad de las partes, así como en las especiales circunstancias que concurren en los

de designación (art. 265.2 LEC) o que el actor pueda aportar en la audiencia previa los documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de las manifestaciones efectuadas por el demandado (art. 265.3 LEC). La inobservancia de la carga de la aportación inicial de los documentos o de los dictámenes a instancia de parte se traduce en la preclusión de su aportación en un momento posterior (art. 269 LEC), salvo en los supuestos legales en que se permite una excepcional y tasada aportación posterior (arts. 270 y 272 LEC)²³.

Dos argumentos adicionales confirman nuestra posición. Por una parte, en el auto de admisión de la demanda, y en el que se acuerda dar traslado al demandado para que conteste a la demanda, no existe ninguna previsión que el tribunal tenga que pronunciarse sobre los documentos aportados con la demanda (art. 404 LEC). Y, por otra parte, la «impugnación» de los documentos y de los dictámenes tiene lugar en la audiencia previa (art. 427.1 y 2 LEC), previsión carente de significado si los documentos ya estuvieren admitidos con los escritos de alegaciones.

No existe un trámite anterior a la admisión de las pruebas que el de la audiencia previa, una vez fijados los hechos controvertidos, y no debe confundirse la existencia de una carga procesal –aportación de documentos y dictámenes con los escritos de alegaciones– cuya inobservancia determina la preclusión, con el juicio de admisión de los medios de prueba, que exigirá siempre la existencia de hechos controvertidos y se pospone para la fase de la audiencia previa²⁴. Por imperativo legal, la admisión de documentos y dictámenes a instancia de parte se producen al final de la audiencia previa, una vez propuestos todos los medios de prueba²⁵. Ello resulta compatible con la existencia de una carga de aportación inicial de documentos y dictámenes, cuya finalidad es evitar la vulneración del derecho de defensa y contradicción que se produciría si una de las partes no pudiera contrastar los documentos y dictámenes en un momento procesal para ello en la fase de alegaciones.

documentos (no precisan práctica posterior, tiene especial valor probatorio respecto las demás pruebas y suelen recoger los hechos que identifican la pretensión).

²³ Más ampliamente en nuestro trabajo, *La prueba documental*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 90-99.

²⁴ En este sentido, LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 79-80; BANACLOCHE PALAO, J. y otros, *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2005, pp. 352-353.

²⁵ Apunta MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 367, que, a efectos de admisibilidad, se ha equiparado el tratamiento de documentos fundamentales y dictámenes a instancia de parte, y «no existe propiamente una decisión judicial sobre la admisión».

En la práctica forense, los letrados, al efectuar su proposición oral de los medios de prueba en la audiencia previa, solicitan que se den por reproducidos los documentos y dictámenes acompañados con los escritos de alegaciones. Aun así, el mero olvido de solicitar en la fase de audiencia previa que se tenga por reproducidos los documentos y dictámenes acompañados con los escritos de alegaciones no determina su inadmisión, por resultar una consecuencia procesal desproporcionada, sino que más bien se trata de una irregularidad procesal susceptible de subsanación con un simple recordatorio por parte del juez o incluso estimando que con la aportación inicial se produjo una proposición tácita de los documentos y dictámenes a instancia de parte²⁶.

Se ha planteado si puede inadmitirse un documento fundamental aportado con la demanda o un dictamen a instancia de parte. La impugnación del juicio de admisión de los documentos depende, fundamentalmente, del momento de su acceso al proceso (criterio de la temporalidad), que ha permitido a MUÑOZ SABATÉ distinguir entre: 1) documentos *acompañados*, que son los aportados junto con los escritos de alegaciones para dar soporte a las alegaciones que se vierten en los mismos; 2) documentos *aportados*, que son los presentados aisladamente del cuerpo de alegaciones y comprensivos de: a) los documentos llamados complementarios; b) los documentos cuyo interés o relevancia se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado al contestar la demanda (art. 265.3 LEC); c) los documentos que se pueden aportar en un momento no inicial del proceso (art. 270 LEC); d) los documentos que se pueden aportar como diligencia final en sustitución de otros actos de prueba fallidos (art. 435.2 LEC); e) los documentos que se pueden presentar excepcionalmente frente a la regla de la preclusión definitiva (art. 271 LEC); y 3) documentos *requeridos*, que son aquellos que se solicitan o requieren a las otras partes o a un tercero para que proceda a su debida exhibición en el proceso (art. 328, 329 y 333 LEC)²⁷.

Los documentos *acompañados* –en la terminología de MUÑOZ SABATÉ– son los fundamentales. Al igual que los dictámenes a instancia de parte están

²⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc.5ª, de 16 de noviembre de 2004, FJ 4º (JUR 2005/25872) razona: «...el mero hecho de que la letrada actora olvidara solicitar que se tuvieran por reproducidos [los documentos], jamás puede comportar una consecuencia tan grave como la pretendida de contrario, donde un simple formalismo procesal o, en este caso, su incumplimiento u omisión, es decir, la no alegación por el letrado de una concreta locución en el acto del juicio: «se tengan por reproducidos los documentos acompañados a la demanda», pudiera tener mayor valor que el propio cumplimiento material de la norma que ahora considera, lo que, en suma, llevaría a una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, del que, como garante del mismo, se constituye juez, por mandato constitucional, en su principal protector».

²⁷ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C. 1/2000*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 295-304.

sujetos a la carga de la aportación inicial (art. 265.1.4º LEC), debiéndose aportar junto con la demanda y la contestación a la demanda, bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC). La admisión a trámite de la demanda (o, en su caso de la contestación a la demanda) comporta la incorporación de los documentos, y aun cuando técnicamente cabe un recurso de reposición contra la incorporación de un documento aportado con demanda (o, en su caso, de la contestación a la demanda), ello es harto improbable, porque técnicamente la admisión tiene lugar en la audiencia previa (art. 429.2 LEC).

Los documentos fundamentales constituyen el sustento probatorio de las afirmaciones que se vierten en los escritos de alegaciones y, por ende, acceden al proceso con anterioridad a la fijación de los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC) y del momento de proposición de los medios de prueba (art. 429.1 LEC), no resultando exigible que la parte, demandante o demandada, realice un examen inicial sobre el carácter esencial de los documentos que se propone incorporar con su demanda o contestación, aun cuando es conveniente que aporte todo lo que sea susceptible de ser aportado en ese momento. En realidad, y como destaca RAMOS MÉNDEZ, los documentos aportados con los escritos de alegaciones no aparecen condicionados a un juicio de pertinencia previa, a diferencia del resto de las pruebas, lo cual permite incorporar documentos inútiles que posiblemente en un momento posterior no hubiera superado el juicio formal de pertinencia²⁸.

El dictamen a instancia de parte se incorpora al proceso con el auto de admisión de la demanda (o, en su caso, el de contestación a la demanda), del mismo modo como acontece con los documentos fundamentales, aun cuando técnicamente la admisión –al igual que los restantes medios de prueba– tiene lugar en la audiencia previa (art. 429.2 LEC). Ahora bien, puede inadmitirse un dictamen a instancia de parte en la medida en que no verse sobre aspectos técnicos, contenga conclusiones jurídicas o verse sobre hechos tan simples que no precisen de conocimientos técnicos o prácticos²⁹.

También se ha postulado la devolución del dictamen pericial al aportante por motivos formales, tales como la falta de idoneidad técnica o científica

²⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, t. I, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 751-752, quien, además, afirma «todavía no he visto pedir que se retiren del pleito los documentos aportados con la demanda o con la contestación».

²⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La prueba pericial», en *Instituciones del nuevo Proceso Civil*, Dijusa, Barcelona, 2000, p. 293, afirma que para la admisibilidad de la prueba pericial «basta simplemente con que los extremos del dictamen pericial tengan carácter técnico, estén relacionados con los hechos del proceso, y no hayan sido admitidos por las partes». La doctrina está dividida en favor y en contra de un juicio de pertinencia y utilidad sobre los dictámenes a instancia de parte, pudiéndose ver una posición favorable en FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 275-277 y una posición contraria en ILLESCAS RUS, A. V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 245.

del perito, la falta de juramento o promesa del art. 335.2 LEC, o la omisión de los soportes a que alude el art. 336.2 LEC³⁰, aun cuando probablemente el primer supuesto no afecta tanto a la admisibilidad cuanto a la valoración del dictamen y los otros dos supuestos constituyen exigencias legales sub-stantiales.

4.3. La limitación del número de testigos.

El art. 363 LEC, erróneamente rubricado «limitación del número de testigos», cuando en realidad debiera ser «dispensa de la declaración del testigo admitido», dispone que «las partes podrán proponer cuantos testigos estimen por conveniente, pero los gastos que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado».

Dicha norma no constriñe a tres el número de testigos a proponer, sino que efectúa una imputación en los gastos, de manera que la declaración de más de tres testigos por cada hecho discutido deberá ser abonada por la parte proponente. No se restringe el número de testigos a proponer, sino que recoge una norma distributiva del pago de los gastos que deriven de su práctica, estableciendo que respecto de unos mismos hechos discutidos, el coste del cuarto y sucesivos testigos corresponde a la parte proponente³¹, en todo caso y con independencia de que haya o no condena en costas³², y todo ello movido por el afán de potenciar la celeridad del proceso y evitar una sobreabundancia innecesaria de testigos³³.

Es difícil sostener la constitucionalidad de una norma limitadora del interrogatorio de testigos en función del número de testigos propuestos³⁴. Siguiendo a PICÓ i JUNOY podemos razonar: En primer lugar, porque el interrogatorio de testigos, al igual que los restantes medios de prueba, está sujeto a idénticos parámetros de pertinencia, utilidad o legalidad (art. 283 LEC). En segundo lugar, porque en el momento de efectuar el juicio sobre la admisión de los testigos propuestos todavía se desconoce el alcance de la declaración de tales testigos, por lo que el juez difícilmente podrá motivar o razonar el rechazo *in limine* de tales testigos. En tercer lugar, porque a pesar de que el juez esté convencido de un hecho, la declaración de nuevos testigos puede aportarle datos que le haga recapacitar sobre el convencimiento provisional adquirido. Y en cuarto lugar, porque una vez recaído el juicio de pertinencia

³⁰ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p. 340.

³¹ Puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de junio de 2003, FJ 2º (EDJ 2003/114542) en la que el juez da opción a la parte proponente del interrogatorio de testigos para que seleccionara de entre los 25 propuestos a cinco de ellos.

³² RODRIGUEZ TIRADO, A. M., «El interrogatorio de testigos», ob. cit., p. 398.

³³ CHOZAS ALONSO, J. M., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 176.

³⁴ ASENCIO MELLADO, J. M., «El proceso civil práctico», ob. cit., p. 803.

y utilidad del interrogatorio de testigos, y admitidos los testigos, no puede volverse a plantear dicho juicio, salvo que la parte proponente desistiere del testigo (art. 288 LEC) y, aun en este supuesto, con las limitaciones derivadas del principio de adquisición procesal³⁵.

Desde un punto de vista de praxis forense, y para evitar el uso indebido de la normativa del art. 363 LEC, limitando anticipadamente la proposición de testigos, merece recogerse la sugerencia de MUÑOZ SABATÉ, en el sentido que en caso de gran número de testigos con una patente diversidad de *themas probandi* pueda el tribunal dirigirse previamente a la parte para que indique si las preguntas que se van a dirigir a los testigos serán todas las mismas o serán diferentes, distinguiendo en éste último caso a quienes depondrán sobre una misma cuestión³⁶.

No se indica en el art. 363 LEC si la dispensa de declaración de los testigos admitidos se refiere a los tres de una misma parte proponente. Se plantea por tanto la cuestión de si la aplicación del art. 363 LEC se refiere a tres testigos de cada misma parte o al conjunto de los testigos que declaran. Se ha defendido, con razón, que, para evitar una infracción del principio de igualdad y al derecho de utilización de los medios de prueba, la referencia a los tres testigos debe aplicarse al conjunto de los tres testigos propuestos por una misma parte³⁷. A efectos prácticos, y cuando todos los testigos admitidos hayan de declarar sobre unos mismos hechos controvertidos, entiendo que la limitación del art. 363 LEC podría incluso operar habiendo escuchado el juez ya la declaración de dos testigos por cada una de las partes, siendo oportuno, en todo caso, consignar en el acta las circunstancias concurrentes (STSJ Galicia, 15 octubre 2004³⁸).

De operarse la limitación del número de testigos, y dispensarse la declaración de un testigo y admitido, una vez citado y comparecido a la sede del juzgado, el testigo tendrá derecho a reclamar la indemnización que pueda corresponderle por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya

³⁵ PICÓ i JUNOY, J., «Interrogatorio de testigos y admisión. ¿Pueden las partes proponer cuantos testigos estimen por conveniente o existe alguna limitación (art. 363 LEC)?», en *La audiencia previa*, Boch, Barcelona, 2010, pp. 405-407.

³⁶ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C.*, ob. cit., p. 360.

³⁷ QUERAL CARBONELL, A., «Dispensa de la declaración del testigo admitido», en *El interrogatorio de testigos*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 304.

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, secc. 1ª, de 15 de octubre de 2004, FJ 2º (EDJ 2004/267996): «El motivo por el que se denuncia la infracción del art. 460.2 no puede prosperar puesto que, como ya señaló la Audiencia Provincial al rechazar el recibimiento a prueba, la posibilidad de practicarla en segunda instancia se configura en nuestro ordenamiento como excepcional y no existe infracción procesal alguna por el hecho de que el Juez de Primera Instancia hubiese procedido conforme le autoriza el artículo 363 LEC, limitando el número de testigos y consignando tal circunstancia en el acta, considerándose ilustrado con el testimonio de tres de ellos».

ocasionado, aun cuando la literalidad del art. 375 LEC [«los testigos que declaren...»] pudiera inducir a pensar que es presupuesto de la indemnización el hecho efectivo de la declaración, puesto que el objeto de la indemnización no es la declaración en sí misma, sino los gastos (transporte, horas de trabajo, etc.) derivados del desplazamiento a la sede judicial, sin que pueda ser de peor condición el testigo comparecido y cuya declaración se renuncia por la parte proponente frente al testigo comparecido y que ha declarado³⁹.

5. LA IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS.

La resolución sobre el juicio de admisión de los medios de prueba es recurrible en reposición. Así se desprende del art. 285.2 LEC, ubicado en el capítulo correspondiente a las disposiciones generales sobre la prueba, que literalmente dispone «contra esta resolución [admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas] cabrá un recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimara, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia».

La resolución judicial es recurrible, cuando menos respecto al juicio ordinario. Y tanto respecto a la inadmisión, cuanto respecto a la admisión, novedad ésta última con respecto a la LEC de 1881, que ha merecido un juicio doctrinal favorable y unánime. De este modo se supera cierta orientación jurisprudencial que estimaba que la admisión de prueba nunca podía ocasionar perjuicios. Ejemplo de esta orientación era, entre otras, la STS de 15 de diciembre de 1993, en cuyo fundamento jurídico segundo se razonaba que «así como la denegación de un medio de prueba [...] puede suponer indefensión para la parte que lo propuso [...], en cambio la admisión por el juzgado de un medio de prueba [...] no es concebible que pueda entrañar indefensión alguna, [dado que la parte] siempre dispone de la posibilidad de proponer también todos los medios de prueba que considere procedentes...»⁴⁰.

Frente a la admisión o inadmisión de un medio de prueba se articula un recurso de reposición oral, de interposición, substanciación y resolución en el mismo acto de la audiencia previa. Aun cuando algún autor ha apuntado el carácter extraño de una reposición que se sustancia y se decide de modo oral⁴¹, y ciertamente la normativa del art. 285 LEC, al consagrar un recurso

³⁹ DEL VALLE GARCÍA, M., «Indemnización del testigo y dispensa de declaración», en *El interrogatorio de testigos*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 421 y 422.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de diciembre de 1993, FJ 4º (RJ 1993/9988).

⁴¹ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.197, razona: «en los actos orales, en los que se dictan resoluciones orales, que se documentan en el acto, no debería haber recurso de reposición, pues éste tiene siempre tramitación escrita (arts. 451 a 454 LEC), sino sólo expresión de protesta. Con todo, el artículo 285.2 regula una extraña reposición que se sustancia y decide de modo oral. Se trata que el legislador no

de reposición *ad hoc* frente a la admisión o inadmisión de los medios de prueba, constituye una norma especial frente al recurso de reposición general, de tramitación y resolución escrita (art. 451 y ss. LEC), no debemos olvidar que tanto la proposición cuanto la resolución de los medios de prueba tiene lugar en un acto presidido por la oralidad, como es la audiencia previa, y que es intención del legislador que todo cuanto pueda resolverse en este momento no se difiera ni aplaze para un momento posterior.

En materia de juicio verbal existe una previsión específica, conforme a la cual “contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia” (art. 446 LEC).

La contradicción entre el artículo 285 LEC (que regula un recurso de reposición oral en sede de disposiciones generales sobre la prueba) y el artículo 446 LEC (que regula la protesta, limitada a la inadmisión de los medios de prueba o la admisión de los admitidos con violación de derechos fundamentales en sede del juicio verbal) debe resolver a favor de la admisión de un recurso de reposición también en el juicio verbal. Y no solamente por una interpretación sistemática de la LEC, sino también por resultar lo más ajustado al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) en su vertiente del derecho a los recursos, sin que tal solución pueda entenderse que distorsione la estructura sencilla y rápida del juicio verbal. La opción contraria, de admitir el recurso de reposición en el juicio ordinario y solamente la protesta en el verbal, crea una injustificable distinción entre ambos tipos de juicios en un extremo relevante, la facultad de las partes de oponerse a la decisión judicial sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del acceso a los recursos⁴². Tampoco faltan posiciones más matizadas que admiten tanto la formulación de protesta como la de reposición previa, considerándose que, a efectos prácticos la reposición viene a equivaler a una mera protesta, en la que el juez resolverá de modo oral, normalmente reiterando su resolución⁴³.

6. LA FACULTAD JUDICIAL DE INTEGRACIÓN PROBATORIA (ART. 429.1, II Y III LEC).

Un examen sobre la normativa del art. 429.1, II y III LEC exige referirse a su denominación –facultad judicial de integración probatoria–, su funda-

ha entendido lo que es propiamente un acto oral».

⁴² En este sentido DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2004, p. 70; FACHAL NOGUER, N., «La disconformidad con la resolución sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba», en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 190-195.

⁴³ BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Dijusa, Barcelona, 2009, p. 173.

mento, su contenido –facultad de indicación y facultad de sugerencia–, sus presupuestos y límites, y la actuaciones de las partes y del tribunal, de lo que ya nos hemos ocupado extensamente en otro lugar⁴⁴.

A nuestro entender la normativa del art. 429.1, II y III LEC comporta una facultad judicial de integración probatoria, como han recogido ya algunas resoluciones de la jurisprudencia menor (SAP Baleares, de 3 de mayo de 2005⁴⁵; SAP Madrid, de 27 de octubre de 2005⁴⁶; SAP Málaga, de 3 de marzo de 2008⁴⁷), cuyo fundamento obedece a una compensación en tramitación parlamentaria, por la pérdida de poder del juez, a raíz de la supresión de las diligencias para mejor proveer. Confiere al juez la facultad de indicar la insuficiencia de las pruebas propuestas y el hecho o hechos afectados por la eventual insuficiencia, así como proponer las pruebas para paliarla, suscitándose la controvertida cuestión de si el juez puede sugerir una prueba (ej. documentos fundamentales o dictámenes) cuyo estadio procesal ya ha precluido⁴⁸.

Tres son los presupuestos de la normativa del art. 429.1, II y III LEC. En primer lugar, la existencia de hechos controvertidos, porque en su defecto no se abre el período probatorio. En segundo lugar, la previa proposición por las partes, puesto que el juez al amparo de la tantas veces citada normativa no puede suplir la inactividad de las partes ni la subsanación de prueba no propuestas o propuestas inadecuadamente por no sujetarse a las previsiones de la LEC. Y en tercer lugar, la existencia de un juicio eventual de insuficiencia

⁴⁴ ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 111-182, y más recientemente, *Derecho Probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 149-166.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, secc. 3ª, de 3 de mayo de 2005, FJ 2º (JUR 2005/119239): «...En definitiva, la nueva norma introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante *la facultad de integración probatoria*, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa y con la posibilidad que sea un juez distinto el que dicte sentencia, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429». (La cursiva es nuestra)

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14ª, de 27 de octubre de 2005, FJ 2º (AC 2005/2138).

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5ª, de 3 de marzo de 2008, FJ 3º (AC 2008/1260).

⁴⁸ Puede verse la posición contraria de PICO i JUNOY, J., en *La audiencia previa*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 383-392 y la más matizada de CHICO FERNÁNDEZ, T., «La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio», en *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp.148-151.

probatoria que se trata de «una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de un control externo y *a posteriori* por otro órgano judicial para imponerle su propio criterio» (SAP Navarra, de 16 de abril de 2002⁴⁹).

Los límites de dicha facultad, siguiendo a PICÓ i JUNOY, son dos. Primero, el juez no podrá introducir hechos distintos de los alegados por las partes, respetándose así el principio dispositivo. Y segundo, el juez no podrá utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones, protegiéndose así la debida imparcialidad judicial⁵⁰. Y junto a estos límites, la iniciativa probatoria de oficio contenida en el art. 429.1, II y III LEC reclama una garantía, común a la práctica de toda prueba, sea instancia de parte o de oficio, como es la práctica contradictoria de las pruebas.

La indicación de insuficiencia probatoria no vincula a las partes quienes podrán, o no, completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba (art. 429.1, III LEC). Dicha indicación puede tener un «efecto de advertencia» sobre la insuficiencia de prueba, bien un «efecto de sugerencia» sobre la concreta prueba para paliar tal insuficiencia, o bien un «efecto recordatorio» cuando existió un mero olvido en la proposición de prueba. Tras la indicación las partes podrán efectuar alegaciones, e incluso solicitar una interrupción, aun cuando tal trámite no esté legalmente previsto, en aras a salvaguardar el derecho de defensa. Pero no podrán reclamar que el juez sugiera qué prueba estima conveniente, ni completar su prueba sobre hechos distintos de los sugeridos por el juez. Las partes podrán recurrir en reposición la resolución que admite o deniega las pruebas, a raíz de la indicación de insuficiencia probatoria, pero no la «indicación» de insuficiencia probatoria, dado que técnicamente no es una resolución.

El juez no podrá acordar la prueba de oficio, si las partes desatienden la indicación de insuficiencia probatoria, pues con ello quebraría el principio de aportación de parte. La práctica de la prueba de oficio no encaja con la redacción del art. 429.1, II y III LEC que, tras la indicación de insuficiencia probatoria (párrafo segundo), reserva a las partes la posibilidad de «modificar o completar» sus proposiciones iniciales (párrafo tercero) y utiliza unos términos indicativos («señalar») cuando hubiera podido utilizar unos más imperativos (acordará, decretará, ordenará)⁵¹.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc.2ª, de 16 de abril de 2002, FJ 5º (JUR 2002/142806).

⁵⁰ PICÓ i JUNOY, J., *Los principios del proceso civil*, ob. cit., pp. 38 y ss., y también *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, no secundum conscientiam y su repercusión actual*, Bosch, Barcelona, 2007, pp.117-118.

⁵¹ Entre otras muchas puede verse Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, secc. 4ª, de 29 de marzo de 2004, FJ 2º (EDJ 2004/45861): «La facultad concedida por el precepto transcrito no habilita para acordar la práctica de un medio probatorio concreto ni legítima, por tanto, su práctica de oficio, sino que, por el contrario, exclusivamente au-

La crítica más incisiva frente a la normativa del art. 429.1, II y III LEC es la relativa a la pérdida de la imparcialidad judicial⁵². No pueden ignorarse los riesgos de un uso imprudente de la tal facultad, pero su uso moderado, respetuoso con los presupuestos, límites y garantías descritos no merma la imparcialidad judicial desde el momento que la indicación de insuficiencia probatoria no se dirige a una de las partes, sino a ambas. Además, en el momento de efectuar la indicación de insuficiencia probatoria el juez desconoce el resultado de la prueba a practicar y cuál de las partes beneficiará. Tampoco podemos olvidar que los artículos que reconocen la iniciativa probatoria de oficio no han sido declarados inconstitucionales ni en los procesos civiles no dispositivos, ni tampoco en el proceso administrativo, ni en el laboral ni siquiera en el penal.

No puede exigirse responsabilidad al Letrado que decide no «completar o modificar» (art. 429.1, III LEC) su proposición inicial de prueba, a la vista de la «sugerencia» del juez, si posteriormente se desestima la demanda por falta de prueba de los hechos indicados por el juez. La indicación judicial de insuficiencia probatoria, no obstante el «efecto psicológico» que ejerce sobre el letrado, no es vinculante, y el letrado puede o no atender la indicación de insuficiencia probatoria.

Por otra parte, algún autor ha propuesto que la desatención por un litigante a una manifestación de insuficiencia probatoria efectuada por el tribunal pueda utilizarse como indicio endoprocesal contrario a la parte que no ha querido proponer o aportar prueba al proceso⁵³. Se trata de una conclusión muy discutible, porque amén de presuponer que la indicación judicial era correcta y acertada para resolver la controversia, no resulta respetuosa con el

toriza al Tribunal como una consecuencia directa de la previsión contenida en el artículo 428.1 LEC (fijación de hechos controvertidos y de la proposición de pruebas por las partes, art. 429-1º LEC) limitándose la facultad a poner de manifiesto a las partes, con fundamento en la proposición de prueba ya realizada, aquellos hechos controvertidos que, a juicio del Tribunal podrían quedar insuficientemente probados con la prueba propuesta por las partes, por lo que la citada facultad se configura como un juicio de valor del Tribunal en relación con los hechos controvertidos y la prueba propuesta que pone de manifiesto a las partes sin vinculación alguna de éstas». En sentido similar Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz Tenerife, secc. 1ª, de 19 de mayo de 2003, FJ 4º (EDJ 2003/124782).

⁵² Tampoco faltan otras críticas basadas en una concepción autoritaria del proceso, como la de MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 517-533. Con carácter más general pueden verse las posiciones contrapuestas de PICÓ i JUNOY, J., «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado», pp.110-127, y MONTERO AROCA, J., «El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria», pp.129-165, en *Proceso Civil e ideología*, obra coordinada por éste último autor, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁵³ SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 124.

principio de aportación de parte. Corresponde a las partes la proposición de la prueba, y los efectos de la falta de probanza deben ser valorados conforme a las reglas de la carga de la prueba (art. 217 LEC).

Desde el derecho positivo, la única consecuencia prevista es que la parte que desatiende la indicación judicial no puede proponer, como diligencia final, las pruebas que hubiera podido proponer tras la manifestación del art. 429.1, II LEC (art. 435.1.1ª *in fine* LEC).

7. EL SEÑALAMIENTO DEL JUICIO.

Una vez admitidos los medios de prueba deberá procederse, en la misma audiencia previa, al señalamiento del acto del juicio, que deberá tener lugar en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia previa o, a solicitud de la parte, en el plazo de dos meses cuando toda o parte de la prueba tenga que practicarse fuera del lugar de la sede del Juzgado (art. 429. 2 y 3 LEC), resultando práctico advertir a las partes que comparezcan a las audiencias previas con sus agendas de señalamiento para evitar las solicitudes de nuevos señalamientos por coincidencia de juicios no detectadas⁵⁴.

También en la misma audiencia previa se procederá a la citación de la partes. Los testigos y los peritos podrán ser presentados por las propias partes, en cuyo caso no serán citados. Las partes podrán pedir la citación de testigos o peritos por la vía ordinaria y, en su caso, por medio de auxilio judicial. En este último supuesto, deberán presentar una lista de preguntas dentro de los tres días siguientes a la admisión del interrogatorio de testigos (art. 429.5 LEC).

Existe un supuesto en el que el tribunal puede dictar sentencia, dentro de los veinte días siguientes a la celebración de la audiencia previa y sin apertura del periodo probatorio: cuando las únicas pruebas propuestas sean documentos y éstos no se hubieren aportado, o cuando se hayan propuesto dictámenes periciales y ni las partes ni el tribunal solicitaren la presencia de los peritos para ratificación de su informe (art. 429.8 LEC).

Se ha planteado si cabe atender la petición de las partes de formular conclusiones en aquellos supuestos en que no hay acto del juicio (art. 429.8 LEC) y se procede, una vez finalizada la audiencia previa, a declarar los autos conclusos para sentencia. El art. 429.8 LEC prevé la posibilidad que terminada la audiencia previa, y sin acordar señalamiento del acto del juicio, se dicte sentencia dentro de los veinte días siguientes a aquel en que termine la audiencia previa, en aquellos supuestos en que las únicas pruebas propuestas fueran unos documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso

⁵⁴ DIEGO, M., «Juicio ordinario. Audiencia previa. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. Art. 429 Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Cuestiones prácticas de la audiencia previa en el juicio ordinario, Cuadernos de Derecho Judicial* núm. II/2008, CGPJ, Madrid, 2009, p. 316; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Comentario al art. 429 LEC», en *Enjuiciamiento Civil*, t.II, Sepin, Madrid, 2008, p. 2652.

sin resultar impugnados, o unos dictámenes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitara la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, dado que en tales supuestos carece de razón de ser la práctica de la prueba, por haber ya quedado perfilada en la audiencia previa⁵⁵. Por su parte, el art. 433.2 LEC prevé que, una vez finalizado el acto del juicio y practicadas las pruebas, las partes formulen oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos⁵⁶.

Como regla general, y es habitual, las conclusiones tienen lugar en el acto del juicio y tras la práctica de la prueba, pues versan sobre las pruebas que se han practicado en dicho acto (interrogatorio de las partes, interrogatorio de testigos, ratificación de peritos, fundamentalmente), amén de las que se hayan acompañado con los escritos de alegaciones iniciales (documentos, dictámenes a instancia de parte, informes de detectives).

Si el tribunal, una vez terminada la audiencia previa, decide no acordar el señalamiento del acto del juicio, por concurrir los supuestos del art. 429.8 LEC, se guarda silencio sobre la posibilidad de unas conclusiones. No veo inconveniente para que se acuerde un breve trámite de conclusiones, mayormente cuando las partes lo interesen⁵⁷, que, por definición, deberá circunscribirse a la valoración de las pruebas (documentos, dictámenes a instancia de parte, informe de detectives) que ya figuren en las actuaciones, pudiendo incluso resultar más práctico que en vez de un informe de conclusiones que el tribunal pueda requerir de cada una de las partes que le ilustre sobre un punto o puntos controvertidos en particular⁵⁸.

Con respecto a la práctica de la prueba se ha planteado si en los supuestos de interrogatorio de la parte domiciliario (art. 311 LEC), a través de auxilio judicial (art. 313 LEC), o de entidades públicas (art. 315 LEC) deben presentarse las preguntas en el momento de la proposición de prueba en la audiencia previa.

⁵⁵ TAPIA FERÁNDIZ, I, «Comentario al art. 430 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 1465.

⁵⁶ Sobre los requisitos de forma y de contenido de las conclusiones puede verse SOLANO MARTÍN, M., «Incidencia de la oralidad en la formulación de las conclusiones: de la instructa a las conclusiones orales», en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 560-564.

⁵⁷ RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Comentario al art. 429 LEC», en *Enjuiciamiento Civil*, t. II, Sepin, 2008, p. 2651 afirma «...no hay conclusiones como en el caso del art. 433.2 LEC, porque no hay juicio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de enero de 2005). Sin embargo, es indudable que no se causa indefensión por permitir a las partes, si éstas lo solicitan, que se evacuen brevemente».

⁵⁸ En sentido distinto BANACLOCHE PALAO, J., «Comentario al art. 429 LEC», en AAVV *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 727, para quien «al no haber prueba practicada, tampoco hay conclusiones, que tienen como finalidad valorar los resultados de aquélla».

El interrogatorio de las partes, como regla general, deberá practicarse en el acto del juicio, debiéndose formular las preguntas oralmente (art. 302 LEC), con lo que se da cumplimiento al mandato constitucional de primer la oralidad en las actuaciones procesales (art. 120.2 CE) y no se exige a las partes que aporten un listado de preguntas, a diferencia de la derogada LEC, que reclamaba un pliego de posiciones por escrito (art. 582 LEC 1881).

La regla general de la oralidad en la formulación de las preguntas del interrogatorio de las partes, quiebra en los supuestos del interrogatorio de la parte domiciliario (art. 311 LEC), a través de auxilio judicial (art. 313 LEC) o de entidades públicas (art. 315 LEC), en los que deberá presentarse un listado de preguntas, a responder por la parte interrogada, suscitándose la duda del momento procesal en que deben aportarse las preguntas y si dicho momento procesal es la audiencia previa u otro posterior. Para resolver adecuadamente la cuestión planteada debemos analizar separadamente cada uno de los supuestos planteados:

1) El interrogatorio de las entidades públicas. El art. 315.1 LEC dispone que «Cuando sea parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, un lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes,...». De la literalidad legal se desprende que la lista de preguntas debe aportarse en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal⁵⁹, pues la posibilidad que se aporte el interrogatorio de preguntas con la demanda, tiene el inconveniente que aun no se han fijado los hechos controvertidos y no existen datos para valorar la pertinencia⁶⁰.

2) El interrogatorio domiciliario. El art. 311 LEC dispone que: «1. En el caso que por enfermedad que lo impida o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera ésta comparecer en la sede del tribunal, a instancia de parte o de oficio, la declaración se podrá prestar en el domicilio o residencia del declarante ante el juez o el miembro del tribunal que corresponda, en presencia del Secretario Judicial. 2. Si las circunstancias no lo hicieran imposible o sumamente inconveniente, al interrogatorio domiciliario podrán concurrir las demás partes y sus abogados. Pero, si a juicio del tribunal, la concurrencia de éstos y aquéllas no resultare procedente teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y del lugar, se celebrará el interrogatorio a presencia del tribunal y del Secretario Judicial,

⁵⁹ ASENCIO MELLADO, J. M., «El proceso civil práctico», *ob. cit.*, p. 404; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario al art. 315 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II, ob. cit.*, p. 1497.

⁶⁰ CREMADES MORANT, J. B., «Comentario al art. 315 LEC», en *Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Sepin, 2008, p. 2042.

pudiendo presentar la parte proponente un pliego de preguntas para que, de ser consideradas pertinentes, sean formuladas por el tribunal».

De ahí que quepa distinguir un doble modalidad de interrogatorio domiciliario: a) con presencia de las partes y de sus abogados, en cuyo caso las preguntas de formularán oralmente y en el acto; b) sin presencia de las partes y de sus abogados, en cuyo caso la parte proponente debe presentar un pliego de preguntas, que deberá aportarse en el momento en que el juez acuerde que no concurrirán las partes y los abogados, y puede ser en la propia audiencia previa o en un momento posterior, siendo conveniente que la no asistencia de partes y letrados se acuerde con anterioridad al día señalado para la práctica de la prueba para permitir a la parte proponente redactar su listado de preguntas.

3) El interrogatorio por vía de auxilio judicial. El art. 313 LEC establece que «Cuando la parte que hubiese de responder al interrogatorio resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, y exista alguna de las circunstancias a que se refiere el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 169, aquélla podrá ser examinada por vía de auxilio judicial. En tales casos, se acompañará al despacho una relación de preguntas formuladas por la parte proponente del interrogatorio, si ésta así lo hubiera solicitado por no poder concurrir al acto del interrogatorio. Las preguntas deberán ser declaradas pertinentes por el tribunal que conozca del asunto».

Nuevamente cabe distinguir una doble modalidad de interrogatorio por auxilio: a) con concurrencia de las partes al acto del interrogatorio, en cuyo caso, y a pesar del silencio legal, entiendo que las preguntas se podrán formular oralmente, por ser la regla general, no obstante la previsión que tengan que ser declaradas pertinentes por el tribunal que conozca del asunto⁶¹, habiéndose propuesto en tales supuestos el uso de la video conferencia⁶²; b) sin concurrencia de las partes al acto del interrogatorio, en cuyo caso y de conformidad con el art. 429.5 LEC, las partes deben presentar su listado de preguntas dentro de los tres días siguientes a que el tribunal acuerde el interrogatorio por vía de auxilio judicial.

8. CONCLUSIONES.

Tras analizar diversos aspectos relativos a la función de proposición y admisión de los medios de prueba en la audiencia previa, nos interesa destacar los siguientes aspectos.

⁶¹ En sentido distinto ASENCIO MELLADO, J. M., «El proceso civil práctico», ob. cit., p. 393, para quien el control de las preguntas tanto en los supuestos de concurrencia como en los de no concurrencia de las partes corresponde siempre al tribunal que conozca del asunto, no al exhortado.

⁶² JIMÉNEZ CONDE, F., *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007, p. 150. En sentido similar, también FONS RODRÍGUEZ, C., «Declaración mediante exhorto y videoconferencia», en *El interrogatorio de partes*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 207-213.

Primero: Con la finalidad de evitar «tiempos muertos» la LEC, a diferencia de la derogada LEC 1881, opta por el impulso de oficio en el recibimiento del juicio a prueba y en la proposición de los medios de prueba, que se producirá cuando existan hechos controvertidos, aun sin mediar petición de las partes.

Segundo: La proposición de los medios de prueba se efectúa oralmente en la audiencia previa, existiendo un *usus fori* consistente en el acompañamiento de una minuta escrita con un listado de los medios propuestos, que facilita el juicio de admisión por el juez y la citación de peritos y testigos. Una vez recaído el juicio de admisión de los medios de prueba, y salvo conformidad de ambas partes, no cabe renunciar a un medio de prueba propuesto.

Tercero: El juicio de admisión de los medios de prueba debe configurarse como un deber judicial, cuyos presupuestos son la proposición de los medios de prueba y la fijación de los hechos controvertidos y sus parámetros la pertinencia, la utilidad y la legalidad. Se traduce en una resolución oral, individualizada, motivada, expresa y recurrible, y en caso de duda es preferible incurrir en un exceso en la admisión que en la inadmisión.

Cuarto: No debe confundirse la legalidad (art. 281.3 LEC), que es un parámetro de admisión de los medios de prueba y que se refiere a la observancia de las garantías de tiempo y forma en la proposición de los medios de prueba, con la ilicitud (art. 287 LEC), que es un incidente contradictorio para la expulsión de la prueba admitida con infracción de los derechos fundamentales.

Quinto: Aun cuando técnicamente la admisión de los documentos fundamentales y los dictámenes en los escritos iniciales se produce en la audiencia previa, y una vez fijados los hechos controvertidos, existe la carga de su aportación inicial con la demanda y la contestación a la demanda, bajo sanción de preclusión.

Sexto: El artículo 363 LEC no contiene una limitación del número de testigos a proponer, sino que efectúa una imputación en los gastos, de manera que la declaración de más de tres testigos por cada hecho discutido deberá ser abonada por la parte proponente. A efectos prácticos, y cuando exista un gran número de testigos propuestos, el tribunal puede dirigirse a la parte proponente para que indique si las preguntas que se van a dirigir a los testigos versarán sobre un mismo objeto o distintos objetos.

Séptimo: El artículo 429.1, II y III LEC contiene una novedosa facultad de integración probatoria, que presupone la existencia de hechos controvertidos, la previa proposición por las partes y la existencia de un eventual juicio de insuficiencia probatoria, sin que, de valerse el juez de tal facultad, pueda introducir hechos distintos de los alegados por las partes, ni utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones.

Octavo: La función probatoria de la audiencia previa termina con el señalamiento del acto del juicio y para acordar su duración, resulta oportuno

ponderar la complejidad de la cuestión litigiosa y la cantidad de pruebas admitidas en la audiencia previa y su previsible duración.

TITLE: The function of proposition and admission of evidence in the preliminary hearings.

RESUMEN: Una de las novedades de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha sido la introducción de un trámite oral saneador; después de la fase de alegaciones, en la que el legislador ha concentrado una pluralidad de funciones, desde la función conciliadora a la función de proposición y admisión de prueba, pasando por la función saneadora y la función delimitadora de los términos del debate. En el presente artículo se analiza la función probatoria de la audiencia previa, y cada uno de los aspectos contenidos en los artículos 429 y 430 LEC, desde la forma y modo de proponer los medios de prueba, hasta los caracteres y presupuestos del juicio de admisión de los medios de prueba, pasando por la novedosa facultad de indicación de insuficiencia probatoria, para terminar con los aspectos relativos al señalamiento del juicio.

PALABRAS CLAVE: Ley de Enjuiciamiento civil, audiencia previa, función de proposición y admisión de los medios de prueba.

ABSTRACT: One of the innovations of Civil Procedural Law 1/2000 of January 7th, 2001 is the introduction of a preliminary oral hearing following the parties' initial allegations. In drafting the 2001 law, legislators set several goals for this preliminary oral hearing, ranging from the conciliation of the dispute, the proposition and admission of evidence, to the elimination of procedural obstacles and the identification of the issues under dispute. This article analyses the legislative goal of the proposition and admission of evidence in preliminary hearings, and each provision contained in Articles 429 and 430 of Civil Procedural Law 1/200. This includes how the evidence is proposed to the prerequisites of the admission of evidence, faculty to rule that the evidence is not sufficient, and aspects related to the date of the trial.

KEY WORDS: Civil Procedural Code, preliminary hearing, function of the propositions, admission of evidence.

Recibido: 24.07.2012

Aceptado: 18.10.2012

EL QUIEBRO DEL PSOE EN 1933 (DEL GOBIERNO A LA REVOLUCIÓN) Y II

Víctor Manuel Arbeloa Muru

Licenciado en Teología e Historia de la Iglesia

Universidad Gregoriana de Roma

Licenciado en Filosofía

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO. 1. El Gobierno de Martínez Barrio. 2. Ante las elecciones a Cortes. 3. Candidaturas electorales. El fin de la conjunción republicano-socialista. 4. Hacia la Revolución social violenta. 5. Todo el poder para los socialistas. 6. La primera vuelta y sus efectos.

Desde el 9 de septiembre hasta el día 2 de octubre no se abrieron las Cortes. En ésta última fecha presentó don Alejandro su Gobierno al Congreso de los diputados.¹ Si su declaración programática tuvo un carácter provocador o no, discuten los autores. Lo cierto es que, como venía diciendo desde hacía mucho tiempo fuera de las Cortes, volvió a decir, dentro de ellas, que el Parlamento estaba «divorciado» de la «opinión pública» y que, habiendo cumplido su misión, «se había gastado». No habló de «Parlamento desprestigiado», como le entendieron sus críticos, pero dijo algo muy similar: Ese Parlamento gastado «no tenía ya en la opinión pública la consideración sin la cual el prestigio no acompaña a la autoridad de esta alta corporación». Fue muy crítico con la situación política española, como lo fue en su intervención parlamentaria del 14 de junio, como pudimos ver. Defendió «la democracia de la disciplina, de la jerarquía, de la autoridad» en un país «al borde de la anarquía por la izquierda o al borde de cualquier género de Dictadura por la derecha»; se declaró autonomista, como lo había demostrado cuando el debate del estatuto de Cataluña, y se dolió de ser tachado frecuentemente como anti-autonomista; prometió respetar la obra republicana de los Gobiernos anteriores, incluidas las leyes laicas, si bien en su aplicación había de poner «la máxima consideración», que ya había anunciado en la asamblea extraordinaria del partido, en octubre de 1932.

Como programa inmediato propuso: dar remate al proyecto de ley sobre arrendamientos rústicos, ya muy avanzado en la Cámara; preparar los presupuestos generales del Estado y votar los créditos indispensables para los fines de la política del Consejo. Para sorpresa de muchos anunció también, «como signo de este cambio en la gobernación del país», y sin más especificación, una próxima amnistía, –punto programático principal del Frente Antimarxista,

¹ *Cortes Constituyentes*, vol. 10, núm. 404, 2 de octubre de 1933, pp. 4-31. El discurso programático de Lerroux, en pp. 4-12.

como vimos más arriba–, amnistía que había acordado el Consejo de Ministros por unanimidad, y encomendado al ministro de Justicia, el radical-socialista izquierdista, Juan Botella Asensi, la preparación del proyecto de ley, detalle que Lerroux remachará en su réplica como prueba de su espíritu liberal. La noticia levantó «rumores» en varios sitios del salón de sesiones. El Gobierno – declaró arrogantemente don Alejandro al final de su peroración– no se allanará a estar mediatizado por ningún poder de la tierra. Y en seguida, un poco de humor celeste, que causa «fuertes rumores» en algunas bancadas de la Cámara: «Y estaba por deciros que estamos tan alejados de las manos de Dios, que no creo que ningún poder divino intervenga en nuestras causas».

Veintisiete diputados socialistas, encabezados por Indalecio Prieto, Largo Caballero, Julián Zugazagoitia y Enrique de Francisco, y en cuya lista tampoco falta Fernando de los Ríos, presentan incontinenti un ruego a las Cortes para que se sirvan declarar que el Gobierno nombrado el 12 de septiembre «no tiene su confianza».

No era propiamente un voto de censura, como aclararán después el mismo Prieto y el presidente de las Cortes. Seguidamente el recio orador bilbaíno pronuncia uno de los mejores discursos de su vida: puntilloso, fogoso, implacable². Si el Parlamento está divorciado de la opinión, si está desprestigiado, ¿para qué pedirle su voto, su confianza? Pero lo más nuclear de la pieza oratoria de Prieto es dejar solemnemente claro que la colaboración de los socialistas con los republicanos ha terminado, Y lo dice él, heraldo siempre de la conjunción republicano-socialista. Por cierto, sabían por la prensa que un grupo republicano al menos (¿los radical socialistas de Domingo, la Esquerra?) ponía como condición para entrar en el nuevo gabinete la participación del partido socialista, pero después cambiaron las tornas: «nosotros no fuimos requeridos absolutamente por nadie, y el partido o grupo que había establecido esta condición la suprimió, en uso de su libérrima voluntad». Quede, pues, consignado, en nombre del PSOE, «a efectos históricos»: «que los partidos republicanos, el día 11 de septiembre de 1933, dejaron cancelados con el partido socialista todos los compromisos que a requerimiento de ellos adquirió para instaurar y consolidar la República, y que desde esa fecha somos total, absoluta, plenamente libres».

Manuel Azaña, otro buen orador, más sosegado pero no menos eficaz que su predecesor en la tribuna parlamentaria, defiende antes que todo su intensa tarea gubernamental³. Cuenta que el jefe del Estado preguntó a los ministros reunidos en Consejo: «¿Creen ustedes que éste es el mejor Gobierno para presidir unas elecciones?». Se trataba de las futuras elecciones municipales. El presidente del Consejo respondió: «Señor Presidente, la pregunta nos honra, pero no tenemos términos de comparación». Y presentó incontinenti la dimisión de su Gobierno. Accediendo a las preguntas de Prieto acerca de

² *Ibid.*, pp. 12-18.

³ *Ibid.*, pp. 18-30.

la lealtad de los socialistas y de la opinión de Acción Republicana sobre el ministerio Lerroxx, donde tienen un ministro, Azaña asegura que jamás ha tenido en sus gabinetes «la menor queja, ni la menor sospecha de falta de lealtad, ni el menor atisbo de que dentro del Gobierno los colaboradores socialistas hicieran otra cosa que el estricto cumplimiento de su deber y la observación de la obligación común que todos nos habíamos impuesto. No nos queda nada por quemar, nada por olvidar, desabrimiento alguno que perdonar».

En cuanto a la posición de AR ante la nueva situación, reconoce que fueron el primer partido en ofrecer al encargado de formarlo su participación: para conservar el Parlamento, y para evitar entre republicanos «un desgarrón difícil de remendar». Viendo luego que se intentaba atraerse sólo a «personalidades», que, además, eran parte de algún partido, se retrajeron de la colaboración ofrecida, y así se lo dijeron a don Niceto. Pero al fin pudieron entenderse directamente con el nuevo presidente del Consejo y aceptaron ir al Gobierno, con tal de que no sustentara doctrina opuesta a la suya y no derogasen las leyes que ellos aprobaron. El anterior presidente del Consejo hace las mismas preguntas que el ex ministro socialista a don Alejandro: ¿para qué quiere consultar a un Parlamento divorciado y desprestigiado? Le interrumpe respetuosamente Lerroxx para negar que haya llamado «desprestigiado» al Parlamento, y tiene razón. A don Manuel le basta el epíteto «divorciado» para urdir el tejido sutil de sus apóstrofes y sus retruécanos. Muchas líneas dedica a lo que le parece fundamental: el nuevo candidato intenta, en una maniobra propia de la Monarquía desaparecida, pedir a la Cámara el voto de confianza para luego pedir su disolución. ¡Ese es el «truco» y esa la «farsa»!, grita Prieto, adhiriéndose a la tesis del orador, que expone todo un tratadito sobre la viciada política en torno al decreto de disolución.

Además de juzgar tardía la presentación del nuevo ministerio ante el Congreso, considera «ofuscación deplorable» la crítica sistemática de Lerroxx a la obra de los anteriores Gobiernos, por ponerles en la alternativa de tener que elegir entre las Cortes y él mismo, y carga enérgico contra el nuevo banco azul: «Vosotros no sois el Ministerio que las puede disolver». No son el Gobierno que puede y debe ser «común para todos, amparo para todos y seguridad y suelo de imparcialidad para todos». Grandes aplausos. Acción republicana no tiene participación alguna en la declaración ministerial. El docto historiador y catedrático de la universidad complutense, Claudio Sánchez Albornoz, embajador en Buenos Aires, elegido para nuevo ministro de Estado, está todavía llegando en el barco, y el mismo Azaña y otros diputados hacen alguna chanza sobre su embarque y su desembarque. Por supuesto, AR no aportará su voto a la amnistía de «los culpables del 10 de agosto», cuando todavía hay docenas de procesados pendientes de juicio: sería un caso de «corrupción del régimen republicano» y de «desviación de sus fines». ¡Asunto en todo caso de las próximas Cortes! Se renuevan los aplausos.

Al día siguiente, el portavoz de la Esquerra, Antoni Maria Sbert, con argumentos similares a los de Azaña, retiró en nombre de su grupo a su ministro de cuota, Miguel Santaló⁴-a quien Lerroux elogió luego como ejemplo de lealtad de principio a fin- y dejó ver que ellos eran partidarios de contar con el partido socialista en el Gobierno Lerroux.

Otro orador de campanillas fue el radical-socialista Félix Gordón Ordás, ya bien conocido nuestro, representante del único grupo, o semigrupo como en este caso, que no negó la confianza a Lerroux, aparte del republicano radical⁵. Crítico, como sabemos, con el Gobierno, especialmente en lo tocante a la reforma agraria, acusó a los socialistas, con quienes colaboró durante un cuarto de siglo en León, de rechazar la colaboración con los republicanos, como hizo patente la declaración de Prieto, y de algo más grave: «Desde el periódico, órgano de del partido, y por boca de algunos de sus hombres más ilustres, hace ya tiempo que se ha venido manifestando que en la República española se ha planteado el problema de elegir entre marxismo y fascismo, y eso, entre nosotros los republicanos, no podemos aceptarlo (Aplausos en la minoría radical); es un disparate que no tiene razón ni fundamento de ser». Y menos cuando desde los ministerios se habla de la lucha de clases dentro de la República. Los suyos votarán a favor del Gobierno, exigiendo, eso sí, el respeto, «en su esencia», a la legislación republicana.

Don Alejandro no era ya «el mejor orador (...) que hay en el parlamento español», como le definió, en el mismos salón de sesiones, en noviembre de 1921, aquel impetuoso periodista vasco, asturiano de origen, convertido en diputado socialista por Bilbao, llamado Indalecio Prieto. Pero el que tuvo retuvo, y el verbo barroco de aquel fascinador de masas en Barcelona y en toda España durante los primeros años del siglo era todavía un verbo impetuoso y para muchos convincente. Era, como se describió a sí mismo en su primera y contemporizadora réplica, un «león viejo», que aún se atrevía con otro «león joven», pero a quien le era imposible luchar con «la serpiente», que era, como lo tradujo sin pelos en la lengua, Manuel Azaña.

El viejo «emperador del Paralelo» pronunció el último discurso de la crisis⁶, comenzando con las célebres palabras: «Señores diputados, los que van a morir os saludan». Fue sobre todo un ajuste de cuentas con Manuel Azaña –hombre «que no tiene corazón», y «hombre que para destruir se pinta solo», como dirá una y otra vez– desde sus comunes trabajos en Alianza Republicana (1926) hasta su último Gobierno, a la vez que una respuesta amarga y decepcionada al discurso del ex presidente del Consejo.

Terminado lo cual, Lerroux quiso dar todo por terminado anunciando en la tribuna la presentación de su dimisión al presidente de la República y re-

⁴ *Ibid.*, núm. 405, 3 de octubre de 1933, pp. 3-5.

⁵ *Ibid.*, pp. 5-10.

⁶ *Ibid.*, pp. 10-14.

tirarse con todos los miembros del Gobierno que aún quedaban Pero el presidente Besteiro, que militó por poco tiempo en su juventud toledana dentro de las huestes radicales, le rogó-obligó, en un tenso diálogo, a permanecer en el salón hasta oír a todos los parlamentarios que habían pedido la palabra y conocer el resultado de la votación sobre la moción presentada.

Prieto, con palabras entre vehementes y cordiales, le insta a evitar la «fuga». Y de pronto interviene Azaña con otro discurso ríto⁷, lamentado por él mismo por lo casero y mezquino, respondiendo al último del presidente, que juzga personal y políticamente injusto. Es una breve historia de las relaciones entre republicanos en esos siete años, al que el «moriturus» presidente apenas tiene ya aliento para replicar: Se trata en ambos casos de críticas menudas, reproches personales, desmentidas, excusas, protestas de aprecio y respeto, pequeñas revelaciones, confianza perdida... Nos enteramos, por ejemplo, de que Lerroxx declinó la ofrecida presidencia del Consejo, tanto el 15 de octubre como el 2 de diciembre de 1931, no porque hubiese socialistas en el equipo de Gobierno, sino porque tenían carteras demasiado importantes. Triste espectáculo.

Fueron 187 votos a favor de la «no confianza» y sólo 91 en contra, es decir, a favor del nuevo Gobierno de Lerroxx. Nada menos que 190 diputados no tomaron parte en la votación. Ni una sola personalidad intelectual de las muchas que poblaban la Cámara se dignó votar: más o menos, como en la votación del 20 de junio. Los diputados radicales, los radical-socialistas de Gordón Ordás y algunos federales fueron los únicos que se opusieron a la no-confianza. Se la negaron los socialistas, Esquerra Republicana, Acción Republicana, los radical-socialistas de Domingo, los republicanos gallegos, la mayoría de los federales, algunos progresistas, algunos independientes. Agrarios y vasconavarros en bloque estuvieron ausentes También el comunista andaluz por libre, José Antonio Balbontín, votó con la mayoría, al triple grito de «¡Abajo el fascismo! ¡Abajo el socialfascismo! ¡Viva el frente único revolucionario!»⁸.

1. EL GOBIERNO DE MARTÍNEZ BARRIO.

Alcalá Zamora volvió a llamar a consultas a los representantes oficiales de los partidos, pero, además, según su áulica costumbre, a personalidades

⁷ *Ibid.*, pp. 16-23.

⁸ Alejandro Lerroxx, en su libro de memorias, expresa en términos muy vivos, su dolor y su tribulación en aquellas horas, pero sin la menor autocrítica: «No se habrá visto caso igual, deslealtad más cínica, traición más descarada, ni ministros más desairados que aquéllos». Todo le pareció una «innoble conjura con todos los caracteres de la más estudiada bellaquería» por parte de quienes le facilitaron todo hasta el final, para después «tumbarle inutilizado». En otro momento confiesa sincero, lo mismo que había hecho en el Congreso: «La serpiente era Azaña, naturalmente». Lerroxx, A., *La pequeña historia: Apuntes para la historia grande vividos y redactados por el autor*, Ed. Cimera, Buenos Aires, 1945, pp. 166-179.

o viejos políticos como don Miguel, don Gregorio, don Felipe o don Melquiades... Y encargó al fin, sucesivamente, la formación del nuevo Gobierno a dos hijos ilustres de ministros de la Monarquía: primeramente al ya mencionado jurista y catedrático de derecho civil, Felipe Sánchez-Román, diputado independiente por Madrid y defensor de Largo Caballero tras la «revolución de Jaca» en 1930; un santón reconocido entre muchos republicanos de la oposición. Y, en segundo lugar, a quien ni siquiera era diputado: José Manuel Pedregal jurista prestigioso también, ministro de Hacienda en 1921, durante muchos años diputado liberal al Congreso, ex presidente del Consejo de Estado y de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, pero sobre todo, y era por lo que el presidente le buscaba, presidente del Patronato de la Institución Libre de Enseñanza.

Aún tuvo humor para apelar a un tercero: al insigne escritor y médico – médico de cabecera también de don Niceto– Gregorio Marañón, uno de los fundadores de la Asociación al Servicio de la República (ASR) y entonces diputado independiente por Madrid-capital, que no había abierto la boca en la Cámara. Fue el encargado más activo, que anduvo de zocos en colodros hasta el fracaso final. Y ya, para remate, no sé si para lucirse en la nómina o para consultarle sobre el sentido del artículo 75 de la Constitución, convocó don Niceto al insigne ex catedrático de derecho político en la universal central, jubilado ya en 1931, Adolfo González Posada, discípulo de Giner de los Ríos, ex senador por Oviedo y autor de numerosas obras jurídicas. Los cuatro devolvieron el encargo presidencial. El primero, porque no quería catalanes en el nuevo Gobierno; el segundo, porque fue rechazado por las dos fracciones radical-socialistas, el tercero porque los radicales se negaron a que entraran los socialistas, que era *conditio sine qua non* para el PRRSI; no conozco los motivos del cuarto, quien tal vez no movió un dedo ni dio un solo paso.

Con la ausencia de Manuel Cordero y la presencia del secretario del grupo parlamentario, José Ruiz del Toro, diputado por la provincia de Murcia, y de Juan Negrín, ya vicepresidente del mismo grupo, diputado por Las Palmas de Gran Canaria, se celebró la reunión de la comisión ejecutiva socialista el día 4 de octubre⁹.

El presidente Caballero informa sobre la llamada, el día anterior, a palacio por el presidente de la República para evacuar consulta en la crisis planteada en el Parlamento. Confiesa paladinamente los motivos de su negativa: su «imposibilidad de poder asistir a Palacio por estimar que el Partido ha declarado ya su incompatibilidad con la formación de un Gobierno socialista y republicano. En segundo lugar, porque yo estimo que la evacuación de consultas es una cosa de ritual, y en último término, y esto es o más importante, por estimar que después de mis declaraciones hechas en el mitin del

⁹ AH, 20-2, p. 87.

domingo es de grandísima violencia el tener que sostener una conversación de esta naturaleza con el Sr. Presidente de la República»¹⁰.

Como era de prever, Prieto no está nada conforme con las palabras de su compañero presidente. Y cree que por ningún concepto puede el partido «inhibirse de responder a las preguntas que le formule el Presidente de la República sobre la manera que debe resolverse la crisis». Aun estimando «muy dignas de tener en cuenta» las manifestaciones de Largo, cree que se debe nombrar un compañero de la comisión ejecutiva para que acuda a Palacio. Fernando de los Ríos hace suyas las palabras de Prieto y añade que, si ellos no acudieran a la consulta, después de la declaración hecha en el Parlamento, la gente que vive ajena a los acuerdos del PSOE tendría la impresión de que «éste se colocaba fuera del régimen republicano declarando que no

¹⁰ Aquí Largo se refiere sin duda a su reciente discurso en el mitin de los tranviarios, celebrado en el cine Europa, de Madrid, el día 1 de octubre. Abundando en la última parte en lo ya dicho sobre la conquista del poder político, hace a lo largo de su intervención un repaso autocrítico de la labor de los socialistas en la República, ponderando la lealtad, pero lamentando haber sido demasiado complacientes en varias de sus conductas: dejar marchar a la familia real, mantener las leyes e instituciones monárquicas, votar al primer presidente... Tras elogiar a Manuel Azaña y a sus Gobiernos, confiesa que en los últimos tiempos deseaban salir del poder, pero con dignidad, sin ser arrojados del mismo: «Al Partido Socialista se le ha expulsado del Poder de una manera indecorosa. El Partido Socialista y la clase trabajadora consciente de España no podrán olvidar más que, después de hacer lo que hicieron, se les haya despedido de la forma que se ha llevado a efecto». Además, han sido sustituidos por «algunos hombres que eran sospechosos para el Comité revolucionario». Y en clara alusión al presidente de la República: «Y por la misma persona que fulminó la recusación sobre cierto hombre, por sospechoso [Guerra del Río], se le ha reffrendado el nombramiento para que pertenezca al Gobierno que hoy nos rige». Y, poco más adelante: «Se ha dado el Poder a los saboteadores de la República, a aquéllos que hacía tiempo venían teniendo a la República y al Parlamento en jaque con una obstrucción incomprensible. En premio a aquella labor, se les ha llamado a ocupar el Poder». Tras una larga carga de profundidad contra Lerroux, su partido y el Gobierno que, teniendo la confianza de Alcalá Zamora, ha venido gobernando las últimas semanas sin tener la confianza aún del Parlamento –toda una situación anticonstitucional–, recuerda el repúblico socialista el acuerdo tomado por el partido de quedar absolutamente libres «para obrar con arreglo a las circunstancias políticas, una vez que los republicanos han cancelado –ellos no nosotros– todos los compromisos que tenían contraídos. Y añade: De colaboración en el Gobierno, a mí me parece que esto ya está terminado (Aplausos). De lo demás el Partido lo examinará». Tiene «la convicción íntima» de que el Partido Socialista no votará la confianza, que al día siguiente va a pedir Lerroux en la Cámara. («Muy bien. Grandes aplausos», leemos tras esas palabras en la transcripción del discurso). Pero teme que los republicanos que se llaman de izquierda la voten, aunque sólo sea por miedo a la disolución de las Cortes. Esta vez no acertó. Dentro de unos días los socialistas iban a verse en similar aprieto. Azaña, M., *Obras completas: Memorias políticas y de guerra*, Ediciones Oasis, México, 1968, t. V, pp. 183-185; *El Socialista*, 3 de octubre de 1933.– Según algunas fuentes, tras los párrafos en los que se criticaba, sin decir el nombre, al presidente de la República, se oyeron gritos entre el público de «¡Abajo el Botas!».

le interesa ni poco ni mucho la suerte del mismo». Y propone que acuda el vicepresidente de la ejecutiva y diputado por Valladolid, Remigio Cabello.

Habiéndose ratificado Caballero en sus declaraciones anteriores, por estar «moralmente obligado» a ellas, sin querer por eso dejar incontestada la consulta, la comisión ejecutiva entrega a Cabello las conclusiones acordadas para que responda a las preguntas que le formule el jefe del Estado:

«Primero: Para la solución que debe darse a la crisis han de constituir punto de partida los efectos constitucionales de la votación recaída ayer en el Parlamento, efectos que para evitar cualquier equívoco deben tenerse en cuenta incluso en la forma en que se decrete el cese del Gobierno, al que tan explícitamente han negado su confianza las Cortes.

Segundo: Debe procurarse la formación de un Gobierno capaz de actuar con las Cortes Constituyentes que siguen siendo un instrumento útil, Gobierno que, si mantiene íntegramente el espíritu de las Leyes de la República sin intentar retrocesos políticos, no encontraría por parte del Grupo Parlamentario Socialista hostilidades nacidas de ningún prejuicio.

Tercero: Ese Gobierno debiera estar constituido con tal ponderación y amplitud de representaciones, que, en caso de que adviniese el momento de disolver las Cortes –momento que no es el actual, a juicio del Partido Socialista–, constituyese una garantía para todos los partidos».

Terminada la consulta en palacio, el vicepresidente del partido manifiesta a sus compañeros de dirección que en su entrevista se ha atendido en un todo al criterio acordado anteriormente, y añade que, «al preguntarle el presidente de la República si el Partido Socialista ofrecería su colaboración en un Gobierno nacional que se formase para realizar las elecciones, ha contestado que su opinión particular es la de que por el Partido socialista no habría inconveniente en formar parte del nuevo Gobierno que se formara con esa finalidad». Y con estas palabras se cierra la reflexión sobre la situación política: «Es aprobada por la Ejecutiva la gestión».

Al día siguiente, con la comisión al completo y con los dos representantes del grupo parlamentario ya mencionados, continúa la reflexión sobre la situación política¹¹. Largo informa haber recibido la visita de Felipe Sánchez Román, encargado de formar Gobierno, que quería conocer el criterio del PSOE «para la concesión de representante nuestro en dicho Ministerio, cuya función principal había de ser la disolución del Parlamento».

Prieto, que ve a primera vista que se trata de un solo posible ministro socialista, se muestra esta vez contrario a la aceptación, por «las enormes dificultades» que para un solo compañero «-un compañero nuestro- representaría actuar en el Gobierno con la responsabilidad de toda la acción ministerial frente a los requerimientos que se le hicieran por las organizaciones obreras y socialistas». Vidarte «hace suyas» las manifestaciones de Prieto, «en el sentido de aceptación del cargo» (*sic*). Y más retóricamente Pascual

¹¹ AH, 20-2, p. 88.

Tomás, contrario a esa aceptación, se refiere a «los camaradas que se nombran ministros» y a su dificultad de controlar la acción de Gobierno, dadas las «dificultades del momento político», cuando tanto Caballero como Prieto han hablado de un solo representante socialista.

Fernando de los Ríos discurre de muy diferente manera: «Estima de intensa gravedad la situación política de España y considera imprescindible la colaboración socialista en el Gobierno, a fin de que se pueda desde allí controlar las elecciones y garantizar a la vez la pureza en la acción del Gobierno que se formara». Del Toro, Carrillo, Fabra, Cabello, De Gracia y Negrín «se muestran conformes con criterio sustentado por el compañero De los Ríos y por lo tanto contrarios de tener participación ministerial en Gobierno presidido por el Sr. Sánchez Román» (*sic*). Tal es la escritura literal.

Caballero, que hace el resumen de lo dicho por todos, sustenta la misma opinión que De los Ríos, «por estimar que con la participación socialista se realiza una función altamente beneficiosa para los intereses de los trabajadores y, además, porque se podrá vigilar en todo detalle la función que realice el Gobierno en (*sic*) carácter electoral».

Puesta a votación la propuesta, votan en contra Prieto y Tomás, «y todos los demás en sentido favorable». Pero hacen constar la salvedad de que «por ningún motivo se colaboraría en un Gobierno en el cual figuraran ministros derrotados en el Parlamento, pertenecientes al Gobierno Lerroux».

El acta del 5 de octubre no pasará de cierto a la historia de la literatura. Y el sindicalista Pascual Tomás, secretario de actas, habrá escrito el acta más incorrecta de su vida. Pero la salvedad final se cumplió al pie de la letra. Los socialistas interpretaron el artículo 75 de la Constitución en el sentido de que ningún ministro del anterior Gobierno derrotado en el Congreso podía presidir un nuevo Gobierno, ni siquiera pertenecer a él, interpretación que no compartía el presidente de la República, ni el de las Cortes, ni los letrados de la Cámara, ni don Alfonso González Posada.¹²

Según Juan Simeón Vidarte, Gregorio Marañón invitó también al partido socialista a participar en el gabinete, más que todo «para una fiscalización electoral», pero se topó con el muro antisocialista del partido radical, que, como veremos en seguida, no era el criterio del ex ministro Diego Martínez Barrio. De todos modos el grupo parlamentario socialista aprobó esa participación por 35 votos contra 8¹³.

El último intento, «in extremis» y con nocturnidad, lo llevaron a cabo Azaña, Domingo y M. Barrio, que, por iniciativa del primero, visitaron, la

¹² Artículo 75 de la *Constitución* republicana: El Presidente de la República nombrará y separará libremente el Presidente de Gobierno, y, a propuesta de este, a los Ministros. Habrá de separarlos necesariamente en el caso de que las Cortes les negaren de modo explícito su confianza.

¹³ VIDARTE, J. S., *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933*, Grijalbo, Barcelona, 1976, p. 660.

noche cerrada, a don Alejandro Lerroux en su casa para que levantase el veto al PSOE, cosa que lograron.

El autor de los *Diarios* nos ha contado la escena, casi novelesca¹⁴. A la vuelta de la casa de «don Ale», que los recibió en la alcoba, volvieron al Congreso cerca ya de la madrugada del día 8. Allí se tropezó Azaña en un pasillo con Largo Caballero, quien le dijo que, de haberlo sabido a tiempo, le «habría aconsejado que no hiciera la visita». Los tres visitantes del domicilio del jefe radical fueron al despacho del presidente de las Cortes y allí se les juntaron Indalecio Prieto y Fernando de los Ríos, a quienes comunicaron el éxito de la visita. Tras consultar al grupo parlamentario socialista, «don Inda» se puso a pergeñar una difícil nota explicando cómo, a pesar de lo dicho sobre el artículo 75, el partido socialista seguía en el Gobierno. Mientras el socialista se afanaba en lo suyo, Azaña intentó convencer a Martínez Barrio, el segundón radical, de que presentara su Gobierno a las Cortes y retrasara la disolución de las mismas así como las elecciones. Pero no le convenció. No quería el político sevillano presentar al Gobierno en la Cámara por miedo a que el presidente de la República fuese zarandeado por algunos que interpretaban torcidamente el artículo 75, y porque partidos de la mayoría gubernamental se habían allanado ya a la necesidad de disolver; incluso los socialistas: «Los socialistas pretenden cohonestar su entrada en el Gobierno y sus declaraciones sobre el artículo 75, precisamente porque este nuevo Gobierno está llamado a presidir las elecciones y quieren vigilar-nos, digámoslo así».

En ésas estaban cuando vieron y oyeron que Prieto, enojadísimo, renunció a escribir la nota. No le salían más que «paparruchadas»; colérico, rasgó los papeles y los arrojó a la papelera. La próxima disolución de las Cortes —comenta don Manuel— aconsejaba la presencia de los socialistas, «pero la cólera entre radicales y socialistas había llegado a tales extremos, que la propia honradez de los sentimientos de Prieto se atravesaba como un obstáculo insuperable». Se levantó éste y allí concluyó todo. Eran las cinco de la mañana. M. Barrio quería salir de allí y llevar la solución al presidente a primera hora de la mañana. «¿Y qué se hace?», preguntaba Domingo. «¿Qué se va a hacer? —dijo Besteiro—, formen ustedes Gobierno los republicanos». Los otros asintieron.

«El caso es —termina diciendo Azaña, que aprovecha el viaje para sacar a moraleja política— que los socialistas desistieron. Los diputados del grupo parlamentario se habían ido a dormir. No había lugar a más deliberaciones. Y cada cual se fue a su casa. Los socialistas que han estado más de tres años

¹⁴ AZAÑA, M., *Obras completas*, IV, *op. cit.*, pp. 647-648. Coincide con el relato fundamental de Azaña, en lo que a la visita domiciliaria atañe, Alejandro Lerroux, añadiendo algunos picotazos irónicos sobre sus tres visitantes, y una nota cultural pintoresca: estaba el acostado leyendo «por enésima vez El Quijote». LERROUX, A., *La pequeña historia: Apuntes para la historia grande vividos y redactados por el autor*, *op. cit.*, pp. 180-182.

propalando que fueron expulsados del Gobierno, y atacando a los republicanos de izquierda que dieron ministros al Gobierno para disolver las Cortes, no dicen verdad ni tienen derecho a censurar a nadie. Ellos iban a entrar en el Gobierno «como en una mesa electoral», no solamente sabiendo el programa de disolver las Cortes, sino porque iban a ser disueltas».

Juan Simeón Vidarte, testigo de algunas escenas de esa noche y confidente del presidente de las Cortes, Julián Besteiro, testigo de algunas otras, añade algunos detalles relevantes de la intrahistoria socialista, que confirman el susodicho juicio de Azaña¹⁵.

Tras la vuelta de los comisionados de casa de Lerroux –visita que éste confirma en sus memorias– se reunieron los tres ex-ministros socialistas en el despacho del presidente de las Cortes y encontraron «la fórmula salvadora»: todos los partidos que habían rehusado la confianza al jefe radical suscribirían una proposición declarando que los efectos de aquel voto no alcanzaban a su ministro Martínez Barrio, sino sólo al candidato derrotado.

En letra cursiva transcribe Vidarte la resolución de la comisión ejecutiva: «Reunida la Comisión ejecutiva, decidimos, pasadas las tres de la mañana, colaborar con el Gobierno a efectos de fiscalización electoral». La misma comisión autorizaba a los ex-ministros para designar a la persona que había de ir al nuevo gabinete en representación del partido.

A las cuatro de la madrugada, el grupo parlamentario socialista, tras oír a Caballero y Prieto, aprobó una larga nota, redactada por el ex ministro de Obras Públicas –no satisfactoria, según confesión propia–, que parecía justificar la no entrada en el nuevo Gobierno, y tanto debió de ser así, ¡que el presidente del grupo, el «caballerista» Remigio Cabello ¡tuvo que recordarles a sus compañeros que acababan de votar la participación socialista, con un representante, en el nuevo gabinete de Martínez Barrio!

Éste último les dijo a los tres ex-ministros en el despacho de Besteiro que había pensado en Vidarte, como futuro ministro socialista, ya que no había sido «duramente combatido por las oposiciones», como todos ellos. Al presidente de las Cortes, además, le completó la confidencia, como proveniente del mismísimo don Alejandro, que le había pedido que no fuera el nuevo titular socialista «ninguno de los que tanto le habían combatido».

Volvieron de la reunión del grupo parlamentario socialista los ex-ministros, que dieron el visto bueno a la designación de Vidarte. Prieto entonces comenzó a redactar una nueva nota, que diera cuenta leal del cambio de posición, y es cuando se desesperó al no encontrar la manera de manifestar la contradicción, al tener que decir, según esta nueva versión, «que lo blanco es negro», y al partido «cada hora una cosa distinta». Esta versión intrapartidista acaba con Prieto dándose por vencido, y prometiendo a Martínez Barrio la aceptación de su Gobierno y la cooperación de los votos socia-

¹⁵ VIDARTE, J. S., *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933*, op. cit., pp. 658-673.

listas, siempre que respondiera a «las directrices de lo que fue el Comité revolucionario»¹⁶.

Prieto y Largo sí lograron, en cambio, al día siguiente, redactar una nota escueta y explícita sin mayor dramatismo que no podían participar en un gabinete presidido por quien constitucionalmente no podía hacerlo.

Por fin, don Niceto pudo encomendar con todas las formalidades al tenido como lugarteniente del «Jefe» —«el segundo brillante de Lerroux», como él mismo se llamaba, no sé si con la complacencia de aquél— formar un gabinete de «concentración republicana», con el objetivo de disolver la Cámara y presidir las elecciones legislativas¹⁷.

El día 8 de octubre quedó constituido el Gobierno, presidido por Diego Martínez Barrio, Gran Maestro del Gran Oriente Español, a cuya excelencia masónica han atribuido algunos autores el éxito de tan delicada operación política¹⁸. Los ministros eran: 2 radicales; 3 radical-socialistas, uno por cada

¹⁶ MARTÍNEZ BARRIO cuenta esta última parte de manera lacónica, y sólo habla de su visita a Besteiro, que le trasmite el acuerdo final de los suyos: «La dirección del partido agradecía mi oferta, pero no la aceptaba. Preferían quedar al margen del Gobierno». MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias*, Planeta, Barcelona, 1983, p. 203.

¹⁷ «Al negarle los ex ministros socialistas —no la Comisión ejecutiva ni la minoría— una participación directa en el Gobierno, decidió [el presidente de la República] disolver el Parlamento», escribe Vidarte, que recibe la noticia del presidente Besteiro y nos lo trasmite «como un recuerdo de ultratumba». VIDARTE, J. S., *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933*, *op. cit.*, p. 676.

¹⁸ Para la relación entre masonería española y política en este período, GÓMEZ MOLLEDA, M. D., *La masonería en la crisis española del siglo XX*, Taurus, Madrid, 1988, pp. 395 y ss. Diego Martínez Barrio, cabeza de la corriente más izquierdista de su partido, reelegido triunfalmente Gran Maestro en la asamblea nacional ordinaria, celebrada en Barcelona, junio de 1933, encabezaba al mismo tiempo el ala moderada, más masónica y apolítica, de la Obediencia más importante de España: no por nada su nombre simbólico era «Vergniaud». En el discurso posterior a su reelección, lamentó el grave daño causado a la Masonería por los afiliados que habían llevado a las logias «las luchas de la República y de sus partidos políticos, cosa atribuible a algunos Hermanos mal acomodados con la enseñanzas de la Orden». Su juicio no pudo ser más severo: «La inversión de la conciencia espiritual de algunos masones es notoria. Son hombres de partido primero; masones, después. A esta regla moral acomodan sus su conducta e inyectan en el ambiente sereno de los talleres el morbo de las pasiones profanas, como si fuera posible y útil dotar a la Institución un perfil doctrinal que la identificara con cualquier tendencia política e incluso con cualquier régimen político». *Ibidem*, p.483. Frente a esta actitud estaba el grupo más político y extremista, uno de cuyos dirigentes era el secretario del Gran Consejo, desde octubre de 1932, Ceferino González Castroverde, simpatizante socialista al menos, si no afiliado, con el que comulgaban, antes o después de instaurada la República, otros masones socialistas como Daniel Anguiano, ex secretario general del partido; Graco Marsá (republicano radical desde 1931); y los diputados constituyentes Romualdo Rodríguez de Vera («Venerable» de la logia «Mare Nostrum»), Luis Martínez Gil, Antonio Fabra Rivas, Enrique de Francisco, Mariano Moreno, Juan Simeón Vidarte,

una de las dos facciones más uno no alineado en las mismas; 2 independientes; 1 de ERC; 1 de AR; 1 del PRG; 1 de IRS, y 1 del partido progresista (PP), fundado por Alcalá Zamora a finales de 1931¹⁹. Los masones, según el masón Vidarte, esta vez eran seis, incluido el presidente del Consejo²⁰.

No le perdonó nunca don Alejandro a don Niceto esta preterición, este olvido de su personalidad por la de un hombre, al que está lejos de llamarle su *segundo* en sus comentarios posteriores: «un hombre en formación todavía, un hombre sin historia y sin mundo, sin autoridad personal ni fuerza propia». Al presidente le atribuye la «maniobra» de querer quebrantarle a

Luis Jiménez de Asúa, José Ruiz del Toro, Rodolfo Llopis, Tomás Álvarez Angulo... Las logias «Mare Nostrum» (1927) y «Primero de Mayo» (1931) de Madrid, estaban compuestas mayoritariamente por socialistas. Según el fiable testimonio de Vidarte, del centenar y medio, aproximadamente, de diputados masones en las Cortes, «sólo 30» eran socialistas, VIDARTE, J. S., *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933, op. cit.*, p. 136.

¹⁹ Pensaba Lerrooux –nos desvela Martínez Barrio, y así lo hace ver sin rubor el mismo don Alejandro, como veremos– que el presidente de la República volvería a encargarle el nuevo Gobierno, y tenía preparada ya una lista de ministrables: algunos radicales de su círculo íntimo, que le habían acompañado en su frustrado gabinete y otros republicanos de varia procedencia: M. Barrio, Botella, Barnés (Domingo), Rocha, Guerra del Río, Lara, Gordón, Rico (Pedro), Iranzo, Samper, Companys, Niembro, Cirilo del Río, Barcia y De Buen, casi todos ellos masones. Su lugarteniente respetó algunos de estos nombres, y otros, como el del radical histórico Rocha, no. Ni el radical-socialista Palomo, ni el independiente Rico Avello, ni el izquierdista catalanista Pi y Sunyer, nuevos ministros, estaban en aquella lista. MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias, op. cit.*, p. 201.

²⁰ VIDARTE, J. S., *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933, op. cit.*, p. 678. En los primeros gabinetes republicanos el número fue similar o mayor. Eran masones el Gran Maestre, Martínez Barrio; Fernando de los Ríos y Marcelino Domingo, ambos vocales del Gran Consejo Federal Simbólico (1931-1933), que nunca asistieron a las asambleas masónicas después de su nombramiento; Álvaro de Albornoz, Santiago Casares Quiroga, José Giral, Manuel Azaña (desde el 2 de febrero de 1932), que nunca más pisó una logia. Todos ellos pertenecían al Grande Oriente Español (GOE). El masón más antiguo de los ministros era Alejandro Lerrooux, el único bajo la Obediencia de la Gran Logia Española, la antigua Federación Catalano-Balear del GOE, quien, durante muchos años «durmiente», pidió la «plancha de quite» en su primitiva logia de Barcelona, y se afilió en la logia «La Unión» de Madrid, bajo la jurisdicción del Grande Oriente Español, después del sonado ingreso de Azaña en esta misma Obediencia, y como contraposición al mismo. La logia había sido fundada por jóvenes republicanos radicales a finales de la Dictadura. En noviembre de 1932 fue disuelta por el Gran Consejo, basándose en ciertas irregularidades, pero el motivo mayor parece haber sido el carácter «lerrouxista» de la misma, cuando era máxima la oposición del líder radical al Gobierno de Azaña. «La Unión» se adscribió entonces a la Gran Logia Española. A pesar de esto, en sus memorias escribe: «Uno, que apenas pasó de los dinteles del templo, «duerme» hace 50 años «el sueño de los justos», mirando con benévolo desdén esas organizaciones arcaicas». LERROUX, A., *La pequeña historia: Apuntes para la historia grande vividos y redactados por el autor, op. cit.*, p. 186.

él y dividir al partido radical, para daño de la República y la Patria, porque de las elecciones que el nuevo presidente del Consejo convocó provinieron las dificultades con que luego tropezaron todos los Gobiernos posteriores²¹.

La IV Asamblea Nacional de Acción Republicana, celebrada los días 14 a 16 de octubre, fue más agitada que las anteriores, en las que había dominado imperturbable la figura señera de Manuel Azaña, el fundador y presidente. Aunque, tras varias propuestas más extremosas de la izquierda del partido, el tema de las alianzas electorales quedó apartado de la ponencia política, sí fue recogida la aspiración de formar en España un solo partido republicano de izquierda, con un llamamiento especial a los partidos regionales y autonomistas para que se integraran en el mismo. Azaña fue elegido con el máximo número de votos (271), y como vicepresidente, su fiel amigo Mariano Ruiz Funes (270), miembro de la comisión constitucional, reconocido criminalista y catedrático de la universidad de Murcia, por donde fue elegido diputado. Entre los vocales vemos al exministro y catedrático de química José Giral y a Claudio Sánchez Albornoz, diputado por Ávila, catedrático de historia, rector de la universidad de Madrid e historiador, prestigioso, representante de AR en los dos últimos Gobiernos de Lleroux y Martínez Barrio. No por nada al partido Acción Republicana se le llamó el «partido de los catedráticos».

2. ANTE LAS ELECCIONES A CORTES.

El día 12 de octubre, firmó el presidente de la República, junto al decreto de convocatoria de elecciones legislativas, el decreto de disolución de las Cortes Constituyentes, redactado por él mismo, en el que explanaba los motivos de la misma; entre ellos, los cambios habidos en el cuadro de los partidos políticos, así como los cambios en «los estados de opinión», de los que eran expresión pública las dos elecciones celebradas ese mismo año. El consejo de Ministros lo aprobó por unanimidad, con alguna salvedad sin importancia²².

José María Gil Robles nos ha contado²³ que ese mismo día, convocadas ya las elecciones, vieron muchos la necesidad de constituir una especie de

²¹ LERROUX, A., *La pequeña historia: Apuntes para la historia grande vividos y redactados por el autor, op. cit.*, pp. 187-189. Al comienzo de este amargo comentario dispara Lerroux su dardo contra Alcalá Zamora: «Don Niceto no ha procedido en ningún momento –triste es decirlo– con alteza de miras ni con grandeza de alma». Y le reprocha, no sólo en este momento, «inclinaciones, simpatías y debilidades» para con los socialistas.

²² «En rigor de verdad –escribe el entonces presidente del Consejo, que acompañaba con su firma el decreto del presidente de la República–, a las Constituyentes no las mataba el ejercicio de la facultad presidencial, sino su propia obcecación». MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias, op. cit.*, p. 204.

²³ GIL ROBLES, J. M., *No fue posible la paz*, Ariel, Barcelona, 1968, pp. 95-96.

comisión ejecutiva, en que estuvieran representados los partidos CEDA, Renovación Española, los tradicionalistas y los agrarios de la antigua minoría. Pero la comisión –de la que él mismo era miembro–, compuesta por ocho parlamentarios del grupo parlamentario agrario, fue sólo un «comité de enlace», sin facultades normativas, que tuvo «un papel de amigable composición en aquellos pleitos en los que no fuera posible zanjar por medio de negociaciones directas las aspiraciones contrapuestas de los grupos políticos». Dicho comité redactó el día 14 tres bases, «que forjaron aquella unión y que sirvieron de instrumento eficacísimo para la propaganda electoral». Rezaba la primera: «Revisión de la legislación laica y socializante desenvuelta tanto en el texto constitucional como en las demás leyes». La segunda: «Una rigurosa defensa en el futuro Parlamento de los intereses económicos del país, reconociendo a la agricultura su legítima preponderancia como base de la riqueza nacional». La tercera: «Amplia amnistía, tan pronto se constituyan las Cortes, para todos los delitos políticos con la misma generosidad con que fue concedida a los responsables del movimiento revolucionario de agosto de 1917».

En el Monumental cinema, de Madrid, el día 15 de octubre²⁴, inicia José María Gil Robles la campaña electoral, con un mitin, en el que, al contemplar «el suelo de la Patria, cubierto de escombros, tras dos años de persecución sañuda, injusta, tiránica, cruel contra la derecha», comparable sólo a las de Rusia y Méjico, sueña con una nueva reconquista, iniciada como la anterior desde tierras de Castilla. Frente a la «revolución arrolladora», en trance de ser vencida, y la derecha, convertida en la encarnación de nuestra «tradición gloriosa», la lucha contra el marxismo del partido socialista es objetivo primordial, y para ello llama a formar el frente más amplio: «Para mí, la necesidad del momento presente es una derrota implacable del socialismo». Pero más allá de la victoria electoral señala como tarea fundamental de su generación «el hacer una España nueva, el hacer un Estado nuevo, el hacer una Nación nueva, una Patria depurada de masones, de judaizantes, de separatistas...».

Lo que propone el joven catedrático salmantino es «una España próspera y fuerte, en el seno de la cual queden implacablemente ahogados todos los gérmenes de división y anarquía por una justicia social impuesta con férrea

²⁴ GIL ROBLES, J. M., *Discursos parlamentarios*, Ed. Taurus, Madrid, 1971, pp. 269-270 y ELORZA, A., *La utopía anarquista bajo la Segunda República. Precedido de otros trabajos*, Ayuso, Madrid, 1973, pp. 264-266 (hay una versión algo distinta del mismo discurso en el diario *El Debate* y en el boletín quincenal del partido, *C.E.D.A., órgano de la Confederación Española de Derechas Autónomas*).– El profesor e historiador Carlos Seco Serrano, autor del estudio preliminar al grueso libro que recoge esos discursos, editado y preparado por el profesor Pablo Beltrán de Heredia, no puede menos de escribir cuando elogia los fines positivos de la campaña gilroblista de 1933: «Pero el ardor oratorio le lleva a afirmaciones demasiado arriesgadas, tan arriesgadas, que las izquierdas no las olvidarán jamás», GIL ROBLES, J. M., *Discursos parlamentarios, op. cit.*, p. XXIX.

mano a los de arriba y a los de abajo». Una «unidad espiritual de España a todo riesgo: porque, si vamos a labrar un mundo nuevo no es mucho pedir que se desangre esta sociedad, si es que de ella ha de salir la salvación de la generación futura»²⁵. Una «verdadera unidad, un sentido nuevo que nos enlace con lo que se llama política totalitaria del momento presente». Y ante ese ideal no se van detener «en formas arcaicas»: «El Parlamento, el parlamentarismo, cuando llegue el momento, ¡o se somete o desaparece!».

Por parte socialista, en la sesión del día 11²⁶, el presidente de la comisión ejecutiva comunica a sus colegas haber recibido en su casa la visita del ministro de la Gobernación, cuyo nombre no se da²⁷, «el cual le ha ofrecido en términos de gran consideración ser dentro del Gobierno como respecta a los intereses de todos los partidos, sin producir la menor violencia en contra de nadie» (*sic*). Y se decide «trasladarle las demandas que se han presentado sobre suspensión de Ayuntamientos y otras anomalías por el estilo».

Ante la proximidad de las elecciones, la dirección socialista acuerda dirigir a todas las agrupaciones una circular que recoge los acuerdos del último congreso del partido «con relación a la forma de elegir los candidatos», recordándoles a la vez la obligación que tienen «de no pactar alianzas con ningún partido político, sin antes realizar la correspondiente consulta a la Comisión Ejecutiva».

Según la ponencia sobre designación de candidatos, que se aprobó en el XIII congreso, las agrupaciones de cada provincia debían decidir en un congreso provincial los nombres de los compañeros que habían de ser elegidos para representarla y, de acuerdo con las organizaciones de UGT, realizar la campaña electoral. La comisión ejecutiva podía proponer nombres de candidatos que incluir o excluir de las listas aprobadas por agrupaciones o federaciones, «si hubiera razones que lo aconsejaran», pero éstas tenían la última palabra, con la obligación de dar cuenta de los acuerdos en el primer congreso nacional que se celebrase.

La comisión electoral estaba formada, desde el 12 de abril de 1933, por De Francisco y Vidarte (de la CE), Andrés Saborit (de la UGT), José Ruiz

²⁵ Tal vez a esta frase se referirá Fernando de los Ríos, cuando el día 22 de ese mes, en un mitin en Granada, pedirá serenidad frente a las declaraciones de Gil Robles. RUIZ MANJÓN, O., *Fernando de los Ríos: Un intelectual en el PSOE*, Síntesis, Madrid, 2007, p. 377.

²⁶ AH, 20-2, p. 89. Sobre todo lo referente al partido socialista y las elecciones legislativas de 1933, abundantes noticias, opiniones y datos en la obra MARTÍN NÁJERA, A., *El grupo parlamentario socialista en la Segunda República: estructuras y funcionamiento*, 2 vol., Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2000, pp. 363-402.

²⁷ El reconocido abogado asturiano Manuel Rico Avello, ex secretario de la organización patronal minera de Asturias, diputado por esa circunscripción, ahora independiente tras haber pertenecido al grupo parlamentario Al servicio de la República, partido y grupo ya disueltos.

del Toro (del Grupo Parlamentario), y Emilio Antonio Cabrera (por Juventudes Socialistas); en octubre se añadieron, por la UGT, Trifón Gómez, y los suplentes Félix Galán, administrador de *El Socialista*, y el sindicalista Enrique de Santiago, redactor del mismo periódico. En esta sesión, la comisión electoral comunica que se reunirá todos los días para determinar la labor de la campaña electoral, teniendo ya acordado la redacción de «un manifiesto de carácter general, en el cual se recojan todas las aspiraciones del Partido y de la clase trabajadora», y propone que el compañero Prieto se encargue de la redacción del mismo; lo que es aprobado por unanimidad. Se acuerda asimismo celebrar en Madrid un acto público, en el que intervengan los compañeros Caballero, Prieto y Fernando de los Ríos.

«Extra chorum» parece cantar Vidarte cuando propone literalmente «que la ejecutiva autorice a las Federaciones provinciales para pactar alianzas por sí mismas con elementos republicanos que formaron parte con nosotros del primer Gobierno de la República». ¿A qué Gobierno se refería el ex diputado por Badajoz y secretario primero de las Cortes: al Gobierno provisional del 14 de abril de 1931, presidido por Niceto Alcalá Zamora, o al formado por Manuel Azaña el 15 de octubre del mismo año? Intervienen Cordero y otros miembros de la CE y se acuerda «sostener el criterio adoptado por el Comité nacional».

En la siguiente sesión del día 12²⁸, en la que «disculpan su asistencia» (*sic*) Cabello y Fabra, la comisión ejecutiva conoce la carta enviada por el PRRSI, de Marcelino Domingo, en la que el comité ejecutivo nacional del mismo le pide la decisión de los órganos autorizados del PSOE «acerca del propósito de coalición nacional o provincial con los demás partidos de izquierda, que como el nuestro antepone a todo su propósito de defensa de la República y de los ideales que juntos nos llevaron a las Cortes Constituyentes para que éstas fueran el cauce de la obra revolucionaria». Les gustaría tener una entrevista antes de tomar resolución de carácter definitivo sobre coaliciones y alianzas. La CE, acuerda contestarle por mediación de Caballero y De Francisco, «que nos atenemos en un todo a los acuerdos adoptados por el Comité nacional sobre el particular».

La comisión electoral da cuenta del criterio sustentado en su reunión por los representantes de la Unión General de Trabajadores «sobre la conveniencia o no de alianzas electorales con los partidos republicanos, ateniéndose a los acuerdos adoptados por el Partido sobre este particular». En ella Trifón Gómez solicitó levantar un empréstito de 300.000 pesetas para sufragar los gastos de la campaña electoral. El dinero podría ser solicitado de la Cooperativa socialista, de la UGT y de la Institución Pablo Iglesias, garantizándose la devolución de lo prestado con el diez o el veinte por ciento que abonarían de sus dietas los diputados que fuesen elegidos. Puesto a debate el asunto, la

²⁸ *Ibid.*, p. 90.

ejecutiva acepta la negociación de dicho empréstito y la forma de devolverlo, con los votos en contra de Caballero, Carrillo y Cordero.

En la sesión del 18 de octubre²⁹, a la que faltan Fabra, Carrillo y De Gracia, la comisión electoral concreta ya en 100 pesetas la cantidad que deberán pagar los diputados mensuales que no tengan más sueldo que las dietas, y los que tengan otro sueldo que las dietas pagarán aquella cantidad para el fondo electoral y el tanto por ciento que les corresponda para el sostenimiento del diario *El Socialista*.

En esa sesión y en las de los días 27 y 31 del mismo mes³⁰, entre la muy variada mezcla de noticias referentes a las elecciones que envían muy distintas agrupaciones, he aquí lo que me parece más atinente para nuestra información general:

–Buena parte de las sugerencias o peticiones de las distintas agrupaciones o federaciones son enviadas por la comisión ejecutiva a la comisión electoral. Otras veces, cuando se trata de cuestiones individuales, a las agrupaciones o federación interesadas o responsables.

–En ocasiones, y a petición de algunas agrupaciones (Málaga, Toledo) la comisión ejecutiva designa directamente al candidato.

–Se acepta la propuesta de la federación socialista de Valencia para ir en conjunción electoral con Acción Republicana y los radical-socialistas.

–Se acepta la propuesta de alianza entre el PSOE y la Federación Provincial Obrera (que no pertenece a UGT) de Salamanca, «porque es la única forma en que puede conseguir triunfar en la próxima contienda electoral».

–Se acepta asimismo, la actuación de la federación de Pamplona (por Navarra), donde «todas y cada una de las Agrupaciones que la integran» rechazaron la alianza electoral con los republicanos, pero poco después la CE se da por enterada de los intentos de esa misma federación por negociar con los republicanos de izquierda la candidatura de minorías y, en caso negativo, por estudiar una candidatura de mayorías con los radical-socialistas independientes. Con razón se le faculta al secretario de la CE (De Francisco), en caso de una nueva consulta, para que les informe sobre los acuerdos ya tomados por el comité nacional y la comisión ejecutiva³¹.

–En cuanto a las alianzas con los comunistas, que desean las federaciones de La Coruña y de Sevilla, se les responde que «pueden hacerlo siempre que sean requeridos previamente por los comunistas, no autorizando jamás el que el Partido haga la petición de alianzas para la lucha electoral». Era, por lo demás, el criterio mantenido para toda clase de alianzas.

²⁹ *Ibid.*, pp. 91-95.

³⁰ *Ibid.*, pp. 96-101.

³¹ Los socialistas navarros fueron por fin solos y no lograron –tampoco sus interlocutores republicanos– un solo diputado. En las elecciones legislativas de junio de 1931, la conjunción republicano-socialista había conseguido los dos diputados de la minoría: uno de AR y otro del PRRS.

–A veces, la CE envía a uno de sus miembros (v.g., Antonio Fabra a Ciudad Real), en caso de conflictos enojosos, incluida la exclusión de candidatos. Y se aprueban ciertas elecciones, que en principio no eran fáciles, de cuyo desarrollo dan cuenta los miembros presentes de la dirección, como en el caso de Cáceres, a donde fue enviado el secretario-tesorero Enrique de Francisco.

–Cuando algunas agrupaciones advierten del peligro de que sean elegidos ciertos candidatos de dudosa o mala conducta, la ejecutiva aconseja hacer una nueva reunión y «designar en ella a los hombres que puedan dar una mayor preponderancia a las ideas y a la organización en dicha población». Pero la agrupación tiene siempre la última palabra, a veces en contra de la propuesta de la CE.

–Ésta no interviene en otros casos conflictivos personales «por el solo hecho que lo haya planteado una organización de la provincia»: Espinardo, en Murcia, o Jerez de los Caballeros en Badajoz.

–Se resuelven algunas dudas de compañeros que preguntan por la compatibilidad de algunos de sus cargos.

–Algunas agrupaciones protestan por haberse celebrado el congreso provincial antes de las votaciones («antevotaciones») en las mismas: Oviedo y Sama de Langreo. Se pide información a la federación de Asturias.

–La CE se da por enterada de las renunciaciones de algunos candidatos a la candidatura en ciertas circunscripciones; por ejemplo, Lucio Martínez Gil, ex diputado por Jaén, renunció a esa circunscripción para quedarse con las de Badajoz y Madrid capital; fue elegido por esta última.

3. CANDIDATURAS ELECTORALES. EL FIN DE LA CONJUNCIÓN REPUBLICANO-SOCIALISTA.

Entre los gubernamentales republicanos de izquierda³² Acción Republicana formó 7 candidaturas en solitario; participó en 16 candidaturas de republicanos de izquierda, incluidos los federales; en 12 con el PSOE (Vizcaya-capital y provincia, Valencia-capital y provincia, Baleares, Cádiz, Castellón, Guadalajara, Huesca, Logroño, Santa Cruz de Tenerife y Teruel), y en 7 con republicanos de centro (radicales) y de derecha. El PPRS presentó 13 candidaturas exclusivas; participó en 9 republicanas de izquierda; en 6 republicano-socialistas: Burgos Logroño, Málaga-capital (PPRS+PSOE+PCE), Santa Cruz de Tenerife, Segovia y Teruel, y en 7 con republicanos radicales. Por su parte, el PRRSI formalizó 10 candidaturas en con sus propios militantes; participó en otras 10 republicanas de izquierda; en 12 republicano-socialistas (Vizcaya-capital, Valencia-capital y provincia, Murcia-capital y provincia, Sevilla-provincia (con federales), Burgos, Cádiz, Castellón,

³² AVILÉS FARRÉ, J, *La izquierda burguesa en la II República*, Madrid, 1985, pp. 211-224; MARTÍN NÁJERA, A., *El grupo parlamentario socialista en la Segunda República: estructuras y funcionamiento*, op. cit., pp. 366–384. Y elaboración propia.

Cuenca, Huesca, Teruel...) y en una con los radicales. ERC hizo coalición con el PSOE en Tarragona y con Unió Socialista de Catalunya en las dos circunscripciones de Barcelona, Gerona y Lérida, y también con los federales en Barcelona-provincia y Gerona. En Valencia En Las Palmas de Gran Canaria el PSOE fue en alianza con los federales. El PRG se alió con los radicales en La Coruña, con AR en Pontevedra y se presentó solo en Lugo.

Como se ve, hay toda clase de divisiones entre los republicanos. Pero el PSOE tampoco se presentó tan solo como Largo daba a entender en discursos y declaraciones³³, o como el mismo Manuel Azaña afirmaba, cuatro años más tarde, en su ya mencionado *Cuaderno de la Pobleta*³⁴. Fue coaligado

³³ En una entrevista para *El Liberal*, de Madrid, publicada el 19 de octubre, declara Francisco Largo Caballero que el partido socialista «está hondamente dolorido de las desconsideraciones que ha sido objeto por parte de los núcleos republicanos, no de sus hombres más representativos, sino de las masas que les siguen». Y llega a decir: «Se nos ha perseguido a sangre y fuego en todo el ámbito nacional, intentando, no diré por quién, deshacer nuestras organizaciones, claro está que sin conseguirlo». Lo que pesa mucho a la hora de las alianzas. Pone como modelo el caso de la agrupación socialista de Madrid, que va sola a las elecciones, y sola hubiera ido, aunque hubiera sabido que así no iban a sacar un diputado. Cree que igual táctica se seguirá en provincias, «con alguna excepción sin importancia: por ejemplo, Valencia, en que vamos unidos con Acción Republicana y con los radicales socialistas independientes». LARGO CABALLERO, F., *Obras completas*, volumen V. *Escritos y discursos (1933-1934)*. Edición a cargo de Aurelio Martín Nájera y Agustín Garrigós Fernández. Fundación Largo Caballero (Madrid)-Instituto Monsa de Ediciones (Barcelona), 2003, p. 1857. En sus discursos electorales, sin concretar como aquí, emplea a menudo el mismo argumento. Alguna mayor concreción hace en su discurso pronunciado en Zafra (Badajoz), el día 30 de octubre, donde, tras elogiar su participación en la instauración y consolidación de la República lamenta todo lo sucedido después: «Pero se nos echó y desde momento están cancelados todos los compromisos con los llamados afines. Ahora se lamentan de que el Partido Socialista no vaya aliado con los republicanos a las elecciones. ¿Qué culpa tenemos nosotros? Es verdad que estuvimos en el Gobierno con los republicanos y que aquellos hombres se esforzaban en ser leales. Pero en provincias como ésta sus correligionarios hacían todo lo contrario. ¡Eso no lo puede olvidar la clase obrera!». *Ibidem*, p. 1888.

³⁴ Manuel Azaña considera que «la ruptura de la coalición electoral en noviembre de 33, es el mayor dislate político cometido después de disolver las Constituyentes en tan mala oportunidad». Recuerda que los socialistas se negaron a una coalición general pactada, «a pesar de que muchos de ellos la aconsejaban, como Prieto». Acababan de retocar la ley electoral, dejando subsistente el sistema mayoritario, con una fortísima prima a la mayoría, que mantuvieron todos los partidos del Gobierno, «y principalmente los socialistas por boca de Largo», porque con él los partidos de izquierda, en coalición, estaban seguros de conseguir «una mayoría compuesta». Y añade su amarga decepción: «Pues, bien: a las pocas semanas de votada la ley, hecha sobre el supuesto de subsistir la coalición, los socialistas la rompían, para luchar solos, con lo que, además de renunciar a las ventajas del sistema, las ponía enteramente, como una masa, en manos de la coalición de derechas y radicales, que en sus misma narices estaba formándose. Es inconcebible, pero así ocurrió. No hubo razonamientos capaces de convencerles. Hice cuanto pude.

con diversos partidos republicanos de izquierda en 24 de entre 59 circunscripciones (un 40%) y en una de ellas también (Málaga-capital) con el PCE y el PRRS, que salieron vencedores en la segunda vuelta. En la agrupación socialista de Madrid, en la elección previa de candidatos, Largo Caballero, con 681 votos, superó a Besteiro, que consiguió 631.

Los discursos electorales del presidente del partido, recogidos casi siempre al pie de la letra por el diario oficial *El Socialista*, y trasladados después a sus *Obras completas* por la Fundación que lleva su nombre, son, junto con algunas declaraciones a ciertos periódicos, una fuente imprescindible para conocer bien la historia real del partido, del socialismo español y de buena parte de la España por esas fechas. De estilo directo, austero y claramente pedagógico, sin una concesión a cualquier adorno literario, pero con suficientes recursos oratorios para ilustrar, convencer y conmover a sus oyentes, el exministro Caballero, vitoreado constantemente como «el Lenin español», llenaba por estas fechas plazas y teatros de poblaciones de primer o segundo orden, del sur y centro de España, y entusiasmaba a muchos miles de personas.

El no se consideraba un orador, y así lo reconocía públicamente. Pero su reiterado mensaje, pleno de sobria claridad, basado en un marxismo elemental de forzoso optimismo histórico, que anunciaba la necesaria revolución social por medio de la inevitable dictadura del proletariado, y reforzado por su autoridad de severo e infatigable ministro de Trabajo y Previsión Social, valía en aquel momento de crisis económica y social, y en medio de una delicada situación política de la joven República, mucho más que la mejor retórica tradicional de los grandes oradores políticos españoles.

El candidato socialista por Madrid-capital venía ante todo a decir lo que había que decir a los trabajadores, a la clase obrera española. Hasta entonces no había podido decirlo, porque estaba en los Gobiernos de la República, y, además, en el ministerio de Trabajo, desde donde veía las dificultades que oponían al cumplimiento de la legislación social patronos y autoridades; de salir a la plaza, hubiera tenido que ser para denunciarlo: «Los camaradas De los Ríos y Prieto –declaraba en el teatro Popular de Murcia, el 14 de noviembre de 1933– podían hablar de la política escolar, de las obras hidráulicas. Pero yo no hubiera podido hablar más que de la situación social, y esto hubiera sido enfrentar a la clase obrera con la República»³⁵.

Basta esta breve cita para intuir que Largo tenía «necesidad» de ajustar las cuentas con el régimen al que había servido desde la alta institución del ministerio. Lo vimos ya antes incluso de dejar sus responsabilidades. Y lo

Inútilmente». Más adelante deja patente su desconocimiento de la realidad electoral en 1933, o, en este caso, su mala memoria: «Creo que la agrupación de Bilbao, por influencia de Prieto, fue la única que mantuvo la alianza electoral». AZAÑA, M., *Obras completas*, IV, *op. cit.*, p. 649.

³⁵ LARGO CABALLERO, F., *Obras completas*, volumen V. *op. cit.*, p. 1930.

fue expresando a lo largo de su gira electoral. Suele llamar «los errores de la República». Y el primero se le antoja, como ya vimos, «el movimiento pacífico» del 12 de abril de 1931, «que entonces nos pareció digno de alabanza». Pero, según el tribuno socialista, «el pueblo español ha visto que en vez de agradecerle su gesto pacífico, quieren volver a sojuzgarle de nuevo». Y añade, amenazante: «No les extrañe que si la historia se repite y es preciso volver de nuevo a un movimiento revolucionario, éste no sea pacífico. Y la culpa será de ellos».

El segundo error, que ya señaló en su conferencia de Ginebra, fue aceptar precipitadamente desde el Gobierno provisional la convocatoria inmediata de unas Cortes, «antes de hacer la revolución, para que luego la hubiera sancionado el Parlamento». Que a nadie le extrañe que, en parecidas circunstancias, el pueblo se acuerde de tal error³⁶.

Unos días más tarde, en Salamanca, al hablar de sus dos años en el Gobierno, declara a la pata la llana: «Entonces fuimos unos ingenuos. Mantuvimos todas las instituciones —el tercer error citado en otras ocasiones—. Cometimos la torpeza de proclamar pacíficamente una República (Ovación). Ahí tenéis las consecuencias: March se ha fugado; el señor La Cierva vuelve a España. Y hasta la familia de Martínez Anido se halla en Madrid. La reacción está completamente envalentonada. (...) Ahora, si la clase trabajadora volviera a realizar un movimiento, ¿podría olvidar esa experiencia? Lo natural es que no la olvide»³⁷.

Ni que decir tiene que, si a todo eso llama errores, por errores mucho mayores tiene los dos últimos Gobiernos republicanos y todo lo que han traído consigo, como veremos. Todo lo cual le enfrenta con sus antiguos compañeros, los llamados republicanos de izquierda, y, no digamos, con los republicanos radicales, sus colegas en los dos primeros Gobiernos provisionales.

Es otro de los estribillos de sus discursos: los partidos republicanos, incluidos los llamados de izquierda, no representan nada ni a nadie. Culpables fueron por aceptar en un primer momento el Gobierno de Lerroux y culpables por aceptar el de su sucesor Martínez Barrio, que siempre consideraron los socialistas como anticonstitucional. Pero «la principal responsabilidad» de todo lo que acaezca en el país «será de quien realizó tamaña arbitrariedad (Gran ovación)»; el mismo que, «por defender la República, echó al último Gobierno Azaña, en el que participaban los socialistas, a pesar de contar con la confianza del Parlamento». Clara alusión al presidente de la República en el primer Gobierno Lerroux³⁸.

³⁶ Discurso en Don Benito (Badajoz), 8 de noviembre, LARGO CABALLERO, F., *Obras completas*, volumen V. *op. cit.*, pp. 1899-1900.

³⁷ Discurso en el teatro Bretón, de Salamanca, día 15 de noviembre, *Ibidem.*, pp. 1951-1952.

³⁸ Discurso en Albacete, 12 de noviembre, *Ibid.*, p. 1919. Cuenta Gabriel Mario de Coca que al final del mitin, un grupo de mujeres le regaló al orador una pluma esti-

Y, si «el Lenin español» muestra siempre una cierta devoción para con sus colegas y amigos Azaña, Casares y Domingo, llega a afirmar, en cambio, de Acción Republicana y del Partido Radical-Socialista, «que como partidos no han cumplido bien. No puede esperar nada de ellos la clase trabajadora». Ya no tienen misión histórica alguna que cumplir. ¿El laicismo? ¿Las libertades políticas? Eso ya lo defienden los socialistas. Los partidos republicanos intermedios «coinciden con las derechas a la hora de defender la propiedad privada: son enemigos como ellas de la socialización. En cuanto se llega a lo fundamental, a la supresión de los explotadores, ¡ah!, entonces ya no quieren nada con nosotros». Cuando, apenas formado el Gobierno de Martínez Barrio, un periodista, pregunta a Largo sobre un posible «partido de izquierda», que estaría formándose, responde aquél contundentemente que «los socialistas no formarán jamás en esa comunión»³⁹.

Pero la mayor virulencia ideológica y oratoria del exministro se reserva para el partido radical de Lerro. Ahora —dice en el mitin de Zafra—, aquel partido que censuraba a los socialistas por aprobar el voto de la mujer, porque «el voto femenino entregaría la República a la reacción», se alía con el «frente antimarxista»: el partido Reconstrucción nacional (*sic*) de Goicoechea, «de carácter monárquico y fascista»; el «partido fascista (...) presidido por Calvo Sotelo, del cual es presidente (*sic*) Martínez Anido» (Una voz: ¡valiente asesino!)⁴⁰; Acción Popular de Gil Robles; las derechas agrarias. ¡Con todos los que no votaron la Constitución y conspiran contra la República! Al mentar a dos partidos republicanos conservadores, coaligados también con algunos de los anteriores, se ríe del diminuto partido progresista (PP), creado por Alcalá Zamora, «que está compuesto de tres filas de a uno», y arremete contra el ex ministro, Miguel Maura, presidente del PRC, su colega en el primer Gobierno provisional, a quien acusa nada menos que de haber ordenado cañonear la Casa de Cornelio en Barcelona y de dar órdenes a la guardia civil para que disparara sin previo aviso, según telegrama encontrado por su sucesor Casares Quiroga en el ministerio de la Gobernación⁴¹.

Los radicales —clama en otra ocasión— «son los que están facilitando la vuelta de la monarquía. No hay más que ver quién defendió a March en las

logrífica para que firmara los primeros decretos de la Revolución proletaria, según la dedicatoria suscrita por ellas. COCA MEDINA, G. M., *Anti-Caballero: Crítica marxista de la bolchevicación del Partido Socialista (1930-1936)*, Engels, Madrid, 1936, p. 122.

³⁹ Entrevista con Pedro Masa, *El Liberal*, 19 de octubre, LARGO CABALLERO, F., *Obras completas*, volumen V. *op. cit.*, p. 1859.

⁴⁰ Sin duda quiere decir «vicepresidente», como le llama en el discurso en Azuaga Badajoz), el 9 de noviembre. LARGO CABALLERO, F., *Obras completas*, volumen V. *op. cit.*, p. 1916. El partido de Calvo Sotelo, que era el mismo del de Goicoechea, se llamaba propiamente Renovación Española.

⁴¹ Discurso en Zafra (Badajoz), 30 de octubre, *Ibidem*, pp. 1881-1882.

Cortes. No hay más que ver quién es el ministro radical que ha dicho que no se podía pedir la extradición de un hombre que ha cometido un delito común⁴². Lerroux, el presidente del PRR, es ahora el mismo que un día defendió la guerra de Marruecos, y el que un día, si llega al poder, puede embarcar a España en otra guerra «que se está incubando en Europa»⁴³¹¹³. Al viejo caudillo radical, que acusa al PSOE de ser «un partido en el que se refugian todos los licenciados de presidio», Largo le echa al rostro un proceso por estafa incoado ya en el año 1895, y, más cerca, el no haber sido llamado a declarar tras el golpe del 10 de agosto sobre su relación y encuentros con el general Sanjurjo y otros implicados en la asonada. Sin olvidar a su fiel edecán Rafael Guerra del Río, hoy ministro en el Gobierno republicano de Martínez Barrio, a quien el mismo que hoy le presta confianza –alusión al presidente de la República– le recusó, siendo presidente del Comité Revolucionario en 1930, por sospechar que estaba en relaciones con el gabinete monárquico de entonces⁴⁴. Viejas historias: nuevas ofensas.

4. HACIA LA REVOLUCIÓN SOCIAL VIOLENTA.

Pero, al fin y al cabo, estos malhadados republicanos burgueses, de izquierda o de derecha, aliados ahora con los mayores enemigos de la República, no son sino parte necesaria de la «democracia burguesa = dictadura burguesa», que los socialistas han venido a destruir y a cambiarla por la «dictadura del proletariado». ¿Qué entiende FLC por aquélla? «La democracia burguesa no es más que una composición de palabras. Os lo dice un hombre que ha sido ministro dos años y medio. La democracia burguesa es una mentira». En la República (léase: en la República española) el obrero no puede votar libremente, si no quiere estar condenado al hambre. «¿Es eso democracia?»⁴⁵

Cuatro días antes, lo explica mejor ante 12.000 obreros, explanando en Jaén⁴⁶, el triple lema de la Revolución francesa, en versión marxista, «el se-

⁴² Discurso en Don Benito, *cit.*, p. 1901.

⁴³ Discurso en el teatro popular de Murcia, 14 de noviembre, *Ibid.*, p. 1904.

⁴⁴ Discurso en el Monumental cinema de Madrid, 17 de noviembre, *Ibid.*, pp. 1958-1962. En su libro de memorias, Caballero llama a Lerroux «el inmoral por excelencia». LARGO CABALLERO, F., *Mis recuerdos: cartas a un amigo*. Con prólogo y notas de Enrique de Francisco, Ediciones Unidas, Méjico, 1954, p. 128.

⁴⁵ Discurso en Azuaga, *cit.*, p. 1911.

⁴⁶ Discurso en la plaza de toros de Jaén, 5 de noviembre, p. 1890. Largo no sólo había sido ministro, sino, unos años antes, consejero de Estado durante la Dictadura primoriverista, si bien elegido en representación de los vocales obreros del Consejo de Trabajo, antes Instituto de Reformas Sociales, del que era vocal desde el año 1904. La decisión fue autorizada por las comisiones ejecutivas del PSOE y de la UGT, y después aprobada por los respectivos congresos. La versión del autor, en LARGO CABALLERO, F., *Mis recuerdos: cartas a un amigo*, *op. cit.*, pp. 89-94. Ese mismo día, 5 de noviembre, se aprobó

ñuelo con que se engaña a la clase obrera para que coopere a ese género de revoluciones». Fraternidad: «mientras haya explotados y explotadores hay lucha de clases, y mientras haya lucha de clases, no hay fraternidad posible». Libertad: ni siquiera es posible la libertad religiosa en este régimen. «Existe la esclavitud económica, y mientras exista eso, la libertad es una ficción. Igualdad: mientras haya seres que tengan en sus manos todos los medios de producción y de cambio, y otros que sólo tengan su fuerza de trabajo, la igualdad no podrá existir».

La democracia burguesa es una verdadera dictadura: «El solo hecho – aplica el orador su pensamiento general a la situación española– de que de que haya una mayoría burguesa en el Parlamento es una dictadura». Porque en esa situación «la burguesía hace las leyes a su medida; crea tribunales de justicia, que no hacen justicia, cuya única misión es defender la propiedad individual, o sea garantizar los intereses de la clase capitalista»; crea un ejército permanente, compuesto de proletarios, no para garantizar la integridad de la patria, «sino para defender los intereses capitalistas, no los de la clase obrera, lanzando a los proletarios unos contra otros, y crea, además, una fuerza pública para ir contra los trabajadores, como se ha venido haciendo en la República». Como se ve, la crítica a la República, que él mismo y su partido han colaborado decisivamente a levantar y sostener, no puede recibir una crítica más severa⁴⁷.

De la dictadura burguesa al fascismo, tan de moda ya en aquellos años, no hay mucha distancia. Cuando el candidato socialista por Madrid-capital habla en Jaén de la «amalgama antimarxista», que lucha en la campaña electoral contra los socialistas, dice que el peligro para la clase obrera es más inminente de lo que parece: En España, «a ciencia y paciencia de los Poderes públicos, se está desarrollando el fascismo. Ya se atreven a celebrar actos públicos; ya se manifiestan sin disfraces. Y la autoridad, no sólo los tolera, sino que los protege». Si el día 19 los fascistas son derrotados, «es fácil que intenten hacer algo extralegal». Y la amenaza es inequívoca: nadie podrá tachar a los socialistas si van contra ellos, «sin respetar ni cosas ni personas. (...) Si se salen de la ley, nos saldremos nosotros también. Y ya veremos quién pierde más»⁴⁸.

en referéndum el proyecto de Estatuto Vasco por el 84% de los electores vascos (459.255 votos contra 14.196, pero en Álava llegaron los votos positivos sólo al 46%). Hubo una fuerte abstención de socialistas, republicanos y tradicionalistas.

⁴⁷ Discurso en el teatro popular de Murcia, *cit.*, pp. 1934-1935. Luis Araquistain resume bien, en marzo de 1934, el pensamiento de su amigo y jefe político: «Nuestras ilusiones republicanas del 14 de abril se han desvanecido. Y el dilema no es ya Monarquía o República, República o Monarquía. No hay más que un dilema, ayer como hoy, hoy como mañana: dictadura capitalista o dictadura socialista. LARGO CABALLERO, F., «Discursos a los trabajadores (1934)», *Obras completas*, volumen V. *op. cit.*, 1934. Prólogo, p. 2009.

⁴⁸ Discurso en la plaza de toros de Jaén, *cit.*, p. 18. Socialistas del ala centrista, como

Días más tarde, al glosar en Murcia el quinto lema electoral del Frente Antimarxista, «Marxismo: exaltación de la fuerza. Antimarxismo: Respeto al derecho», entra de lleno en el panorama político español: «Pero es que se da el caso de que son los propios enemigos los que pretenden imponerse por la fuerza. Están organizando el fascismo. Y el Gobierno lo sabe, y permite que tengan locales, que publiquen periódicos, y conoce los nombres de los directores; pero, sin embargo, todavía no han encarcelado a ninguno. (Grandes aplausos. Se dan mueras al fascismo)»⁴⁹.

Ya era de prever que, hablando en Salamanca, no aludiera el orador a la candidatura agraria, encabezada por José María Gil Robles, el ex diputado agrario por esa provincia, que en marzo pasado había fundado la CEDA (Confederación Española de Derechas Autónomas) –partido que aparecía para muchos como favorito en la próxima contienda electoral– y era miembro, como hemos visto, del comité de enlace de los partidos que habían formado el Frente Antimarxista. A Gil Robles le echa en cara su reciente viaje a Berlín, pasando por Biarritz y París, invitado por la embajada alemana, en su calidad de periodista, «para asistir al desfile que los nazis habían organizado en Alemania». Allí el político católico español, según Largo, «se ha enterado de la organización de los nazis, que pretende trasladar a nuestro país»⁵⁰.

Prieto, según veremos luego, se acercaban en algunas entonaciones a la oratoria «caballerista». El mismo Fernando de los Ríos, dirigente humanista y moderado, se soltaba en ocasiones el pelo también. Uno de sus biógrafos menos panegiristas cita estas palabras en uno de sus mítines electorales, que no se pueden entender, como tampoco las de la cita siguiente, sin conocer la tensa situación política española en aquellos días, y tampoco sin conocer la polémica abierta en la dirección y en las filas del partido socialista: «Queremos mantenernos dentro de la legalidad, pero si el enemigo se sale de ella para combatirnos, fuera de ella nos encontrarán también». RUIZ MANJÓN, O., *Fernando de los Ríos: Un intelectual en el PSOE, op. cit.*, p. 378. Virgilio Zapatero, que propende a una biografía más ejemplarizante, cita unas palabras en un mitin del catedrático granadino, el 23 de octubre, cuando se encaraba con sus adversarios políticos y afirmaba que jamás se había pronunciado una palabra «para arrancar emociones de rencor». «Si llega –decía– ese acto de guerra social, digo como siempre: a vuestro lado, trabajadores, estaré. Pero óiganlo todos: Yo venía con el alma llena de dolor, con el corazón saturado de tristeza. ¿Es esto todo lo que la burguesía española ofrece como flor de humanidad, como posibilidades a la masa española? ¿Es esto? El no temer a la guerra social? Yo sí la temo hondamente, pero llegada la su hora, seré un soldado». ZAPATERO, V., *Fernando de los Ríos: Biografía intelectual*, Ediciones de la Diputación de Granada, Granada, 1999, p. 393.

⁴⁹ Discurso en el teatro popular de Murcia, *cit.*, p. 1939.

⁵⁰ GIL ROBLES nos dice en su libro de memorias que fue invitado, «como simple observador, al Congreso Nacionalsocialista de Núremberg, sin dejarme arrastrar al campo totalitario, con cuyas excelencias pretendían deslumbrarme los organizadores de aquellos espectaculares desfiles de juventudes militarmente encuadradas». Concertada a la vez una entrevista con Hitler, el ministro de Propaganda Goebbels le comunicó por teléfono la noticia de la caída del Gobierno Azaña y le dijo que, en tales circunstancias, el Führer

Pero el tribuno socialista no se contenta con el cabeza de la lista salmantina, sino que intenta desprestigiar también a otros dos integrantes de la misma: el propietario agrario local, tradicionalista, José María Lamamié de Clairac, y el notario y terrateniente Cándido Casanueva, ambos diputados por Salamanca en las Cortes Constituyentes, dentro de la minoría agraria. Al primero le acusa de haber viajado a París, donde ha visitado al general Emilio Barrera, ex capitán general de Cataluña durante la dictadura de Primo de Rivera, y exiliado tras el golpe de Sanjurjo, el 10 de agosto. Y ¿a qué fue el diputado salmantino a la capital francesa? «Pues seguramente a cumplir un mandato de la organización fascista a la que está afiliado». Y aquí, un detalle de muy mal gusto: «Porque el señor Lamamié, aunque os parezca mentira, dado su aspecto un tanto equívoco (Risas), es fascista. Quizá lo sea por eso mismo». Del notario Casanueva sólo sabe decir que fue acusado de estafador por un agente del Banco Hipotecario y llevado a los tribunales, asunto aún pendiente por un débito de 6.000 pesetas. Al final del apartado, dedicado a la candidatura enemiga, la tacha sin más de «fascista»⁵¹.

no tenía inconveniente en aplazar la entrevista unos meses; entrevista que nunca tuvo lugar. GIL ROBLES, J. M., *No fue posible la paz, op. cit.*, p. 93. Pero, además de asistir, según sus propias palabras, «a las jornadas inolvidables» del Congreso nazi, dedicó dos días al estudio de la organización del partido en la «Casa Parda» de Hitler. Según un artículo suyo y unas declaraciones complementarias en *La Gaceta Regional* de Salamanca, en los días posteriores a su viaje, Gil Robles vio en el nazismo ciertos rasgos positivos, como la exaltación de los valores patrios, su carácter antimarxista y antiliberal, su aliento juvenil y optimista: «Frente al Parlamentarismo corrosivo, destructor de la unidad interna del poder, la autoridad fuerte concentrada en una sola mano. Frente a la disgregación ideológica de los partidos, una sola fuerza nacional nutrida de postulados simplicísimos Frente al liberalismo corrosivo, germen de todas las energías, un concepto totalitario del Estado, encauzador de las máximas energías de una raza». GIL ROBLES, J. M., *La utopía anarquista, op. cit.*, pp. 263-264.

⁵¹ Discurso en el teatro Bretón, de Salamanca, *cit.*, pp. 1947-1948. Ninguno de los cuatro partidos que componían el Frente Antimarxista era, en rigor, fascista. Entonces y después podrían ser tildados de conservadores, tradicionales, corporativos, autoritarios..., pero no fascistas. Y menos que cualquier otro, a pesar de ciertos trazos propios del tiempo, Acción Popular o la CEDA, que integró a todas las secciones de Acción Popular y otras similares. En su discurso pronunciado en el salón Victoria, de Barcelona, el 21 de marzo de ese año, había definido J. M. Gil Robles el pensamiento de su nuevo partido ante el fascismo: «Afirmamos nuestra discrepancia radical con el fascismo en cuanto a su programa y en cuanto a la táctica que lo inspira. (...) Doctrinalmente, los movimientos fascistas son inadmisibles para quien afirma los postulados del Derecho público cristiano. Esas ideologías que de un modo genérico se conocen con el nombre de fascismo suponen la identificación de la nación y el Estado, la de éste con un solo partido político y anulan, en consecuencia, la personalidad individual. En cuanto no temple un profundo sentido cristiano los rigores lógicos del sistema, se cae, necesariamente, en un auténtico socialismo de Estado, que cada día se infiltra más en las naciones modernas». El presidente de la CEDA considera la concepción de fondo del fascismo una concepción «netamente

Contra el fascismo (o lo que se tenga como tal), el líder revolucionario anima a sus oyentes de Jaén a rebasar a sus líderes, en caso de cualquier debilidad, de cualquier duda. No es que él dude de la UGT o del partido que preside: «Pero nadie está libre de flaqueza. Si eso llegara, sed vosotros mismos los directores de la acción revolucionaria».

Porque no basta defenderse contra el fascismo. Hay que pasar a la ofensiva. Al final de su peroración en la ciudad andaluza, el predicador de la doctrina marxista va mucho más lejos, pero pensando siempre en un tiempo mucho más cercano: «¡Hay que prepararse para ir a la ofensiva socialista! Mientras no se organice nuestra ofensiva, mientras nos limitemos a defendernos, estaremos a merced del capitalismo. (...) ¡A triunfar el día 19, que ese triunfo nos conducirá a otro que está muy próximo y por el cual se redimirá el proletariado!»⁵².

Es demasiado fácil votar el día 19 de noviembre. A otras acciones que exigen más energía y decisión se refiere el político socialista. Para lograr la igualdad de todos, para tener una clase trabajadora culta –lo que «no se logra con muchas escuelas»–, para resolver el paro obrero, que «es la gangrena que derribará al capitalismo. No se trata de ganar las elecciones para tener el gusto de arrebatarse el triunfo a las derechas, sino para inaugurar una nueva etapa revolucionaria. Para que llegue a todos los ciudadanos la República, tiene que ser social y no burguesa: Tardaremos más o menos, pero no ocultamos que vamos hacia la revolución social ¿Cómo? (Una voz del público: Como en Rusia) No nos asusta eso. Vamos, repito, hacia la revolución social. Y yo digo que la burguesía no aceptará una expropiación legal. Habrá que expropiarla por la violencia. (Ovación)».

«Ya han iniciado –sigue diciendo Caballero– los enemigos la guerra y dicen por boca de Gil Robles que si el Parlamento no les sirve, irán contra él. Pues bien, nosotros respondemos: Vamos legalmente hacia la evolución de la sociedad. Pero, si no queréis, haremos la revolución violentamente (Gran ovación). ¿Que dicen los enemigos que esto es excitar a la guerra civil? Hay una guerra civil. ¿Qué es, si no, la lucha que se desarrolla todos los días entre patronos y obreros? Estamos en plena guerra civil. No nos ceguemos, camaradas. Lo que pasa es que esta guerra no ha tomado aún los caracteres que, por fortuna o por desgracia, tendrá inexorablemente que tomar». Y como si

panteísta, que viene a afirmar que todo es producto de una sustancia única, distinta sólo en lo accidental». Separan del fascismo al nuevo partido de inspiración cristiana, pero no netamente confesional, los procedimientos tácticos de aquél: «Es muy fácil encomendar la solución de los problemas políticos a la fuerza; pero resulta casi siempre imposible mantener la violencia en los términos previstos y evitar que se desborden las pasiones, sobre todo en pueblos individualistas como España, con una tendencia tan acentuada a los movimientos anárquicos». GIL ROBLES, J. M., *Discursos parlamentarios, op. cit.*, pp. 216-217.

⁵² Discurso en la plaza de toros de Jaén, *cit.*, pp. 1893 y 1898.

esa inexorabilidad fuera inmediata, al finalizar el mitin, dice que March se ha evadido de la prisión⁵³; que acaso están a punto de volver varios generales a España; que la República está en manos de quienes, llegado el caso, no la defenderían, y que, si por cobardía hay quien entrega el poder al enemigo –alusión más que probable al jefe del Estado o al presidente del Gobierno, Martínez Barrio–, como el año 1923 lo entregó García Prieto a Primo de Rivera, «la clase obrera lo impedirá». ¿Cómo? «Como ya dije en Zafra. Por los medios que sean».

No está muy acertado quien fuera consejero de Estado al evocar aquel acontecimiento, que abrió paso a la dictadura militar, lo que no impidió, por cierto, la clase obrera de entonces. Pero ahora todo es muy diferente, incluido el pensamiento del primer dirigente socialista, quien acaba animando a sus oyentes a salir a la calle en cuanto vean que alguien intenta un golpe de Estado: «Y ése será el principio de la República social, en la que se realice la igualdad económica. Tenemos que luchar como sea, hasta que en las torres y en los edificios oficiales ondee, no una bandera tricolor de una República burguesa, sino la bandera roja de la Revolución socialista»⁵⁴.

5. TODO EL PODER PARA LOS SOCIALISTAS⁵⁵.

Tales propósitos, que hemos ido viendo desarrollarse en el pensamiento del presidente del PSOE, desde el discurso del cine Pardiñas y durante toda la campaña electoral, volveremos a oírlos proclamados, con expresiones similares, en los siguientes discursos de Albacete, Salamanca y en el Monumental cinema de Madrid. En la ciudad manchega se plantea las varias alternativas del próximo Gobierno. Cree que será difícil que se les entregue el poder para «gobernar en socialista», en caso de un triunfo electoral, y, por otra parte, «queda descartada la colaboración», pues el partido socialista no va a vivir «de la benevolencia de sus enemigos». Y si los radicales no

⁵³ El último pirata del Mediterráneo» –como le llamó Cambó–, creador de la compañía Transmediterránea y de la banca que lleva su nombre, elegido, como vimos, miembro del tribunal de Garantías Constitucionales, había sido encarcelado en Madrid por el Gobierno republicano el 10 de junio de 1933, y trasladado más tarde a la cárcel de Alcalá de Henares, de donde se fugó, el 4 de noviembre, con la ayuda de varios oficiales de la prisión, para refugiarse en Gibraltar, uno de los centros más activos de sus negocios. La comisión de responsabilidades de las Cortes nunca sustanció su proceso. Juan March, que había sufragado, entre otras obras, la construcción de la Casa del Pueblo de la ciudad de Mallorca en 1928, acusó siempre a varios ministros republicanos de haberle pedido dinero para sufragar la revolución de 1930. Logró volver a ser diputado en las últimas Cortes de la República.

⁵⁴ Discurso en Don Benito, *cit.*, pp. 1904-1906.

⁵⁵ El semanario de la Juventudes Socialistas, *Renovación*, en su número 113, del 14 de octubre de 1933, abrió su primera página, a cinco columnas: «La consigna de nuestro partido para las elecciones [y con letra de pasquín, a gran tamaño]: ¡¡ Todo el poder para los socialistas!!».

consiguen la mayoría de otros republicanos, ¿con quién se aliarán? ¿Con los monárquicos? «Si eso ocurre, la clase trabajadora española debería levantarse como un solo hombre para no tolerarlo (Gran ovación). Que se alíen para la lucha electoral no es honesto, no es decente. Pero un Gobierno de agrarios y radicales juntos en España, eso jamás (La ovación es formidable. El público grita: «¡Nunca!») Eso no puede ser. Pues, si eso no es fácil, ¿qué van a hacer? ¿Van a dar el Poder a Acción Popular? ¿Podríamos tolerar que se entregase a los enemigos declarados de la República? Si eso ocurriera, el pueblo debería imponer la sanción a los traidores»⁵⁶.

No se entendería bien esta constante doctrina revolucionaria del republico socialista sin conocer la doctrina básica que sostiene sobre el Estado y la clase trabajadora. El Estado no está encima de ella, porque ella es el Estado. Ella es todo, como todo era para el abate Sièyes el tercer estado. Pero el doctrinario madrileño prefiere citar «El Estado soy yo, de aquel rey francés», para enlazar con el proletariado español de hoy: «En cuanto los proletarios tengan conciencia de clase, podrán decir con toda autoridad: «El Estado somos nosotros (Ovación)»⁵⁷. Por eso FLC, que cree que la disolución de las Cortes Constituyentes conduce inexorablemente —otra vez, lo «inexorable»— a la disolución del próximo Parlamento, a las puertas de otro período revolucionario, puede decir que las masas obreras no se van a lanzar esa vez a la calle para entregar el poder a la burguesía, por avanzada que sea. Nada de eso: «Si la clase obrera tiene que hacer de nuevo el esfuerzo y el sacrificio de ir a un movimiento revolucionario, que lo haga de una vez; pero que sea para traer una República suya, propia, socialista (Formidable ovación)»⁵⁸.

Los «enemigos» se asustan —comenta risueño en Murcia el candidato socialista masdrileño— oyendo hablar de la dictadura del proletariado, «recordando que está establecida en Rusia y que la preconizó Marx». Algunos de ellos creen que «es una especie de dictadura de Primo de Rivera (Risas)». No es así como la entienden los socialistas: «La dictadura proletaria no es el poder de un individuo, sino del partido político, expresión de la masa obrera, que quiere tener en sus manos todos los resortes del Estado, absolutamente todos, para poder realizar una obra de Gobierno socialista (Gran ovación)»⁵⁹.

El período transitorio, durante el cual la clase obrera, con todos los resortes del poder político en sus manos, realiza la obra de socialización y del desarme económico y social de la burguesía, es lo que los marxistas llaman dictadura del proletariado. Lo dice, como

tantas veces, un hombre que ha estado dos años y medio sentado en el banco azul. «Pero por estar en el banco azul no se gobierna». Hay que tener

⁵⁶ Discurso en Albacete, *cit.*, pp. 1927-1928.

⁵⁷ Discurso en Azuaga, *cit.*, p. 1912.

⁵⁸ Discurso en Albacete, *cit.*, p. 1928.

⁵⁹ Discurso en el teatro popular de Murcia, *cit.*, p. 1934.

«todos los gobernadores socialistas»⁶⁰. Y «el poder judicial», hoy en manos de la burguesía. Y todos los resortes que instaure el propio poder socialista: Es preciso, para que haya este poder, «tener en la mano todas las palancas del Gobierno»⁶¹.

Para esa obra total «hay que terminar con las luchas entre la clase obrera». Y al afirmar esto, se dirige a los núcleos de trabajadores que, «por error», combaten a los socialistas. Pero, si van a los mismos fines y quieren acabar con la clase capitalista, que se une contra la clase obrera, «¿por qué nosotros –se pregunta lógicamente el ex secretario de la UGT– no hemos de borrar también odios y rencores para formar un apretado haz que combata eficazmente al enemigo común?». El público de Azuaga, puesto en pie –según el taquígrafo– tributa una entusiasta ovación al «Lenin español», que hace ademán de conseguir el silencio, lo que el entusiasmo del auditorio impide con sus vítores y aclamaciones.

Los socialistas también quieren que desaparezca el Estado, dice el líder marxista en clara alusión a los anarquistas, al que quieren «convertirlo en una entidad meramente administrativa, pero con la actitud equivocada que adoptan esos elementos lo que hacen es remachar los eslabones de la cadena que esclaviza al proletariado». Él que ha sido «el hombre más injuriado, más difamado» por los elementos obreros aludidos, da por olvidado todo lo que han dicho contra él, «en aras de la unidad obrera». Formidable ovación. «Vivas» a Largo Caballero y a la Revolución social, siempre de acuerdo con el taquígrafo. Y, en seguida, para complacer a los comunistas: «Cuando se habla por ellos de la implantación de un régimen como el que hay en Rusia, yo pregunto. Pero eso lo vamos a hacer unidos, ¿no? Unámonos, pues, y luego trataremos sobre cómo se debe hacer la revolución». Se repiten los aplausos⁶².

⁶⁰ Con amarga ironía escribió el presidente Alcalá Zamora que los socialistas renunciaron desde el primer momento a tener gobernadores civiles, «sin duda para eludir las dificultades del orden público». ALCALÁ ZAMORA, N., *Memorias*, Planeta, Barcelona, 1998, p. 297.

⁶¹ Discurso en Don Benito, *cit.*, p. 1902.

⁶² Discurso en Azuaga, *cit.*, pp. 1913-1914. La seducción y hasta la fascinación que ejercía el régimen soviético no era sólo patente entre el ala «caballerista» del PSOE. Ya hemos visto antes el largo abanico de *amigos* y admiradores de lo que aquí popularmente se llamaba Rusia. Una buena parte de la juventud republicana de izquierda, como ya nos ha indicado antes Santiago Carrillo, participaba de parecido entusiasmo. «Antes que Alemania, preferimos para nuestro país un régimen análogo al de Rusia», se podía leer en la revista de los jóvenes de Acción Republicana, (JAR) del 18 de noviembre. Y frases como ésta: «Sabadlo, ciudadanos: si el dilema se plantea entre el fascismo y la revolución social, nosotros gritaremos con el mayor entusiasmo y con todas nuestras fuerzas: ¡Viva la revolución social!», AVILÉS FARRÉ, J., *La izquierda burguesa en la II República*, *op. cit.*, p. 214. Marta Bizcarrondo, en su libro, considera entre las causas principales del giro bolchevizante lo que llama «espejismo soviético», ese entusiasmo que producía la intensa

Es la ocasión en la que, sin citarlos («esos elementos»), tiene más en cuenta Largo Caballero al voluminoso y múltiple anarquismo español, especialmente de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT). En todos sus discursos, que aquí he ido citando, excepto en el de Ginebra, no hay una sola alusión directa a los anarquistas, y menos a las repetidas insurrecciones, golpes de mano y huelgas políticas de los primeros contra los Gobiernos republicano-socialistas. En su peroración de Salamanca vuelve a hacer a los anarquistas y comunistas la misma petición que acaba de hacerles en tierras pacenses. «El hombre a quien más han odiado esos elementos», sólo les pide allí «un desarme, un olvido de los odios». Los socialistas no les van a exigir que disuelvan sus organizaciones para que vayan a las suyas: «Lo único que afirmamos es que la actitud abstencionista, así como las candidaturas comunistas entre las nuestras y las derechas, no hacen más que favorecer a la reacción»⁶³.

Por lo demás, en todas las intervenciones del presidente socialista que vengo analizando no hay traza alguna sobre el llamado «problema regio-

propaganda pro-soviética, llegada a todas partes, desde las películas de Eisenstein hasta las emisiones de Radio Moscú, donde los triunfantes planes quinquenales de Stalin se contraponían al decadente y agonizante capitalismo occidental, que había causado el caos bursátil y la crisis económica del año 1929. Los libros, folletos, artículos, que cantaban las excelencias del «paraíso socialista» se multiplicaban y estaban en manos de cualquiera. Miles de trabajadores españoles oían con avidez en las casas del pueblo, sociedades, cafés o bares, las noticias de la URSS durante las dos horas de radio soviética, los jueves y los sábados, que serían cuatro, dos años más tarde. En la misma UGT, a pesar de que su dirección está, por el momento, curada del contagio soviético, como le hemos oído a Besteiro, muchísimos afiliados a la organización participan de la misma fascinación popular y no sólo popular. La Federación Española de Trabajadores de la Banca, de la que es alma el miembro del comité nacional de la UGT, Amaro del Rosal, publica desde octubre de 1933 la *Revista de Economía Socialista*, hecha con artículos procedentes de la edición francesa *Revista Económica de la URSS*, la tierra de promisión del proletariado mundial. BIZCARRONDO, M., *Historia de la UGT: Entre la democracia y la revolución*, III, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2007, pp. 81-100.

⁶³ Discurso en el teatro Bretón, de Salamanca, *cit.*, pp. 1950-1951. La primera «alianza obrera» en España se constituyó en Barcelona con un manifiesto que lleva fecha de 16 de diciembre de 1933, formada por: Bloc Obrer i Camperol, Unió Socialista de Catalunya, Federación Catalana del PSOE y UGT, organizaciones las dos primeras de neto carácter catalanista. A pesar de que Caballero no era partidario entusiasta de esa alianza, dio su aprobación para que entraran en ella las tres organizaciones socialistas de ámbito español. Es cierto que la UGT dio normas para el funcionamiento de tales alianzas, construyéndolas a «una función meramente de relaciones cordiales entre los diversos elementos que las componían», pero pronto derivaron, según el mismo líder revolucionario, a constituirse en «cantones independientes, con autonomía, de ahí que se declarasen huelgas y movimientos esporádicos, todo ello sin consultar con nadie». LARGO CABALLERO, F., *Escritos de la República: Notas históricas de la Guerra en España (1917-1940)*. Edición, estudio preliminar y notas de Santos Juliá, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1985, p. 141.

nal», que afectaba en aquellas calendas sobre todo a Cataluña y al País Vasco, pero también a otras regiones. Ni apenas sobre «el problema religioso» (que abarcaba entonces el cristianismo, la Iglesia y la actuación de los católicos), sobre el que en la literatura «largocaballerista» no hay más que algunas frases despectivas dispersas, casi todas propias de la tradicional Vulgata del anticlericalismo español, aunque en el discurso de Ginebra ya dijo lo fundamental sobre la cuestión.

Igualmente es de notar la falta de referencia alguna a incidentes graves habidos en la campaña electoral. Dentro del estribillo constante de la persecución y de la represión de los socialistas por la República burguesa, sólo encuentro en los discursos de FLC una protesta concreta contra los actos de violencia por la fuerza pública, que tuvieron lugar el 4 de noviembre, la víspera del discurso en Jaén, en la ciudad andaluza. Esa fuerza pública, «creada para perseguir a los enemigos de la República» (seguramente la Guardia de Asalto, creada por el nuevo régimen), y que nunca se pensó que lo fuera «para apalear a los a los únicos republicanos que hay en España: los trabajadores socialistas. Aplausos»⁶⁴. Conocemos también un telegrama enviado por Fernando de los Ríos al ministro de Gobernación, Manuel Rico Avello, protestando porque la guardia civil y elementos derechistas trataban de obstaculizar la propaganda socialista en la circunscripción de Granada; porque la Benemérita se había desplegado por el teatro de Baza, como si no hablase «un ex ministro del régimen», y porque un cabo del mismo cuerpo había impedido a la caravana electoral entrar en el pueblo de Zújar. Se quejaba a la vez de la «libertad de difamación» en periódicos y hojas de la provincia, permitidos y sellados por el Gobierno civil⁶⁵.

Por su parte, el líder de la CEDA, José María Gil Robles, en sus discursos electorales y en sus memorias lamenta muy doloridamente «la relativa libertad en que se dejó a las izquierdas para cometer impunemente numerosos atropellos». Por ejemplo, la agresión al candidato de la Unión de derechas por la provincia de Madrid, Javier Martín Artajo (CEDA), el 25 de octubre, cuando regresaba de un mitin en Torrelaguna; el asalto, la noche del 4 de noviembre, del centro electoral de la coalición de derechas en Sevilla por unos pistoleros; y sobre todo el atentado en el teatro Cortes, de San Fernando, el día 12 del mismo mes, durante un mitin de Acción Ciudadana, llevado a cabo por pistoleros jerezanos, con una víctima mortal y una señora gravemente herida⁶⁶.

En sólo dos mítines intervino Julián Besteiro durante la campaña electoral socialista, y uno de ellos fue en el cine madrileño Pardiñas, el 6 de de

⁶⁴ Discurso en la plaza de toros de Jaén, *cit.*, p. 1889.

⁶⁵ RUIZ MANIÓN, O., *Fernando de los Ríos: Un intelectual en el PSOE*, *op. cit.*, p. 378.

⁶⁶ GIL ROBLES, J. M., *No fue posible la paz*, *op. cit.*, p. 100.

noviembre⁶⁷. Su primera parte está llena de invectivas contra los partidos que, de hecho o de derecho, forman el Frente Antimarxista son, especialmente contra su antiguo partido, el PRR, o republicano radical de Alejandro Lerroux. El republicanismo histórico español, según el tribuno socialista, «carece en absoluto de sentido social», y si no lo adquiere, no sólo será «el peso muerto» de la República, sino que constituirá obstáculos y en algunos momentos «ocasionará trastornos que hubiera convenido evitar». Si el PPR no se modifica, «no puede ser un instrumento de gobierno en la República Española y hay que hacerle desaparecer». Son viejos políticos, indisciplinados, vanidosos y demagogos, sucesores de ciertos políticos románticos del XIX, que hasta «sienten ciertas debilidades y complacencia por los legítimos bandoleros de la España contemporánea». Alusión transparente a sus relaciones con el banquero Juan March⁶⁸.

A Besteiro no se le escapa tampoco el nuevo fenómeno de la Falange, puesta de largo en el teatro de la Comedia de Madrid, el día 29 de octubre. El aludido Frente Antimarxista empieza para el orador en el partido radical y «acaba en ese brote, ridículo y empalagoso del fascismo español, que trata de aliar la erudición almibarada del señor Valdecasas con el arrojo revolucionario más impulsivo que documentado, que hace poco proclamaba desde la tribuna las excelencias de la dialéctica de los puños y de las pistolas»⁶⁹.

⁶⁷ LARGO CABALLERO, F., *Obras completas*, volumen III. *op. cit.*, pp 101-115. *El Socialista*, del 7 de noviembre. Coca nos informa que Besteiro habló en la Casa del Pueblo de Madrid antes de la primera vuelta, donde llegó a decir que el presidente Roosevelt había logrado tipos más avanzados de reformas sociales que «los hechos por socialistas colaboradores de la burguesía», remachando siempre su tesis de la no colaboración con los partidos burgueses. COCA MEDINA, G. M., *Anti-Caballero: Crítica marxista de la bolchevización del Partido Socialista (1930-1936)*, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁸ Diego Martínez Barrio juzga muy severamente la catadura moral del diputado radical gallego Emiliano Iglesias –también masón, pero perteneciente a la otra obediencia hispana: la Gran Logia Española–, con quien se declara incompatible, así como de varios diputados radicales, la mayoría valencianos, a los que incluye en el «grupo de Emiliano Iglesias». Para él, el problema es Juan March. Y recuerda que el defensor jurídico del magnate es otro diputado radical, el abogado Tomás Peire. MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias*, *op. cit.*, p. 185. Peire fue elegido diputado por Ceuta en la segunda vuelta de las elecciones legislativas de 1933.

⁶⁹ El ya citado Alfonso García Valdecasas, junto con Julio Ruiz de Alda y José Antonio Primo de Rivera, –aludido también aquí por su famoso discurso– fue uno de los oradores del mitin de la Comedia, el día 29 de octubre de 1933. Doctor por Bolonia, catedrático de derecho en la universidad de Granada, diputado por su provincia en las Constituyentes, dentro de la conjunción republicano-socialista, fue secretario de la comisión constitucional en las Cortes, representando al grupo parlamentario Al servicio de la República, capitaneado por José Ortega y Gasset, partido y grupo que por estas fechas ya se habían disuelto. En 1932 dejó el partido de los intelectuales y fundó otro grupo semejante, llamado Frente Español, junto con José Antonio Maravall, Antonio Garrigues,

Algo tienen en común «los nuevos y pimpantes fascistas», ese otro «brote de hombres geniales», con aquellos políticos del XIX: éstos también se sienten hombres superiores y quieren acabar con la democracia «para ser, dicen, la salvación del país», pero son, más que brotes geniales, «la vulgar aparición de unos cuantos hongos más o menos venenosos».

Al grupo que acaudilla José María Gil Robles, también miembro de la comisión constitucional y portavoz habitual del grupo agrario en las Constituyentes, llama el candidato socialista «fascistas larvados», que tienen «horror a la democracia y al Parlamento, que es su expresión». Demagogos, que creen que la voz del pueblo es la voz de Dios, cuando «aquí no hay nada divino, todo es humano». Aunque la cita es incorrecta, Besteiro saca a la palestra la desdichada expresión del líder actual de la CEDA en su primer discurso electoral, y su viaje a la Alemania de Hitler, que ya le echó en cara Largo Caballero: «Gil Robles, bajo las influencias del espíritu hitleriano, recogidas en uno de esos viajes relámpago a Alemania, nos ha dicho: Procuraremos someter al parlamento y, si no, lo desharemos. Y es de suponer que el nuevo Parlamento tenga el sentimiento de su propio decoro que han sabido mantener las Cortes Constituyentes».

Tras dar cumplida cuenta de sus adversarios, el presidente de la UGT hace una intensa y extensa profesión de marxismo, que parece extenderla a todo el partido, ya que, según afirma, nunca han hecho distinción entre marxismo y socialismo, y ahora son más marxistas que nunca: «Somos marxistas y somos hombres que aceptamos genuinamente la lucha de clases»; esa lucha de clases que odian los partidarios de «la lucha de razas», que es «lo más bajo y lo más bárbaro». Y como marxistas, son «internacionalistas», sin dejar de amar por eso a su país, porque el nacionalismo agresivo, el fascismo, llama a la guerra. Y como marxistas, «pacifistas». Como marxistas, también «revolucionarios», y no sanguinarios. Los episodios sangrientos, dice con empeño Besteiro –queriendo alejar seguramente de sus oyentes la ecuación revolución = revolución soviética– son más propios de las contrarrevoluciones, convencido de que las revoluciones «son cada vez más humanas, más elevadas, más generosas para el adversario, progreso que ha coincidido con la mayor participación del proletariado en las revoluciones».

La revolución marxista no consiste sino en «transformar a fondo el régimen económico actual, empezando por socializar los medios de producción y cambio», para que sean manejados a fondo por el capital. Pondera la grave crisis económica y social, con 30 millones de parados en el mundo, pero «hoy definitivo», que exige transformar el régimen capitalista y sustituirlo

María Zambrano, Antonio Sacristán... Candidato en 1933 en la lista radical-derechista de Granada, fue excluido de ella por su actuación fascista, a instancias de los radicales, aunque Fernando de los Ríos declaró que lo había sido más bien por haber atacado al capitalismo en su discurso de la Comedia: «El marxismo y el capitalismo me parecen despreciables».

por un régimen de democracia económica. El deseo vivo de las masas es llegar hoy al socialismo revolucionario, compatible con el máximo posible de elementos liberales y democráticos, y esa debe ser la actitud general de todos los socialistas del mundo.

Entre las medidas más inmediatas y concretas, el ex presidente de las Cortes plantea la socialización de las principales industrias, de los bancos y de la tierra, «obra que hay que realizar lo antes posible para evitar los grandes males que están ocurriendo». En Alemania, el paro, la desesperación de los obreros y la desorientación de la clase media, caída en el proletariado, han acabado trayendo el nazismo⁷⁰. Otra de las reformas pendientes consiste en completar la legislación social y el sistema de subsidios, que es claramente insuficiente. Y, en fin, todo «un plan ordenado de reconstrucción nacional», que abarca la educación, la higiene, los riegos, la producción y distribución de la energía motriz para el desarrollo industrial...

Imprescindibles le parecen al orador para todo esto el «mantenimiento de las instituciones democráticas, únicas que permiten a la opinión el control de la obra de los gobernantes, únicas que ofrecen garantías de la austeridad imprescindible del desempeño de las funciones públicas y de cuyo mantenimiento debemos los socialistas constituirnos en celosos guardianes». ¡Extraño lenguaje tras oír tantos discursos de Largo Caballero! Los socialistas, proclama a renglón seguido, son «la mayor garantía del mantenimiento de la moral en la vida pública».

Al final de su discurso, el que fue desde los nueve años alumno de la Institución Libre de Enseñanza, el discípulo de Giner, Salmerón, Caso o Simarro, hace una verdadera profesión de espiritualidad cívica y humanista: «Nuestros adversarios habrán de convencerse de que nuestra firmeza espiritual y moral es invencible. La nuestra, la «espiritualidad de los materialistas de la Historia», inspirados en las grandes ideas libertadoras de los intelectuales del siglo XVIII y en las ideas libertadoras de los socialistas del siglo XIX, aspiramos en nuestro siglo a libertar a la humanidad sometida a la esclavitud económica, para que las fuerzas del espíritu, hoy cohibidas, se expansionen y produzcan las grandes obras de la creación humana en una civilización fraternal, grande y fuerte».

⁷⁰ El mismo día en que salía a la luz pública la Falange, 29 de octubre de 1933, Luis Araquistain, que había vuelto de su embajada de Berlín, sustituido por Luis de Zulueta, tras dejar el ministerio de Estado en Madrid, daba una conferencia en la Casa del Pueblo de Madrid: «Una lección de historia: el derrumbamiento del socialismo alemán». Ni la Constitución liberal de Weimar, ni la gloriosa historia de la socialdemocracia alemana habían servido de nada ante la irrupción de las huestes hitlerianas. Sólo una firme «voluntad de poder» —era la conclusión del ex embajador de la República— para prepararse con armas y bagaje a la lucha puede enfrentarse con éxito al fascismo, «que no es un fenómeno efímero, sino la última etapa política por la cual ha de pasar el Estado capitalista en todos los países». *El Socialista*, 30 de octubre de 1933.

El día 11 de noviembre, publicó *El Socialista* el manifiesto electoral, del partido, redactado por Prieto, aunque aparecía firmado por «la comisión electoral». Tras una extensa interpretación «heroica» de la historia de «la cooperación socialista en las luchas políticas de España», se ponderaba la obra social de los socialistas en el bienio. Se hacía hincapié en su oposición a la disolución de las Cortes, a la prematura convocatoria de las elecciones, a la inobservancia del artículo 75 de la Constitución y a la designación de Lerroux, «sin duda en premio a la criminal obstrucción parlamentaria, que realizó su minoría», como jamás nadie de ellos lo hiciera en los parlamentos monárquicos. El ataque mayor se reservaba contra las alianzas electorales de los radicales: «los más repugnantes contubernios electorales se han establecido entre el partido sedicente republicano que predomina hoy en el Gobierno y los más insolentes y desenfadados enemigos del régimen. El lerrouxismo, que tiene ya concertadas desvergonzadísimas alianzas electorales con monárquicos y reaccionarios de toda laya, aspira a encontrar dentro de las futuras Cortes su base de sustentación en los enemigos de la República».

Todo lo justifican –clamaba el tribuno bilbaíno metido a redactor de manifiestos– en el afán de combatir a los socialistas, «el más firme baluarte de la República, y la más sólida garantía contra cualquier intento de retroceso político. ¡Atrás, ni un paso! Ése debe ser nuestro lema». Seguros del apoyo de la mujer proletaria, que en estas elecciones estrenaba su voto, y fiados en el triunfo, si la República llegaba a inaugurar «un sistema de coacciones tan repulsivas como las que deshonraron a la monarquía», el espíritu de victoria socialista les haría «saltar denodadamente sobre ellas». La nueva página triunfal iba a ser prólogo «a otras jornadas más decisivas para la victoria plena del proletariado, que sólo es posible con el adueñamiento total del Poder político por la clase obrera».

Ni Largo Caballero hubiera escrito mejor el último párrafo, tan «totalitario», típicamente «prietista».

6. LA PRIMERA VUELTA Y SUS EFECTOS.

Tampoco el día de las elecciones fue un día tranquilo en toda España. A la una de la madrugada del domingo día 19, le avisaron de Ponferrada al líder cedista que los socialistas acababan de dar muerte a un muchacho de la JAP (Juventudes de Acción Popular, integradas en la CEDA), cuando repartía candidaturas. El ministro Rico Avello envió, a petición de Gil Robles, a la guardia civil al lugar del crimen. Unas horas antes le habían comunicado la muerte de otro afiliado, «a consecuencia de una refriega con un grupo de extremistas» en Los Navalmorales (Toledo), así como los asesinatos del jefe de propaganda de la Derecha Regional Valenciana, también integrada en la CEDA, y de otro propagandista de cedista en Fuente Encarroz. Poco más tarde, a la hora de constituirse los colegios,

caía, herido de muerte, un apoderado del mismo partido. Gil Robles da en cada caso el nombre y el apellido.

En Madrid, capital y provincia, en la jornada electoral menudearon las violencias y coacciones, según la misma fuente. Hubo incidentes serios en los barrios extremos y en algunos pueblos como Aranjuez, Chamartín de la Rosa, Ciempozuelos, El Escorial, Hortaleza, Villaverde..., pero, al parecer, sin muertos ni heridos graves⁷¹.

Tras la primera vuelta, de un total de 473 diputados a Cortes, fueron proclamados 378, y 95 quedaron por elegir. La gran mayoría de los elegidos pertenecían a las candidaturas agrarias o a las que llevaban el marchamo de Acción Popular o el del PRR de Lerroux. Las diversas derechas habían obtenido en la primera vuelta 169 escaños; los republicanos radicales, 78; diversos partidos de centro derecha (entre ellos, la Liga Regionalista), 51; los republicanos de izquierda (con el peso mayor de la Esquerra Republicana), 34; los socialistas, 31, y otros grupos menores, 15.

La derecha, casi ausente en las elecciones legislativas de junio de 1931 tras la conmoción del cambio de régimen y los primeros movimientos anticlericales, había vuelto con fuerza a la vida pública, como lo venían anunciando en las Cortes desde hacía tiempo sus voceros principales. El electorado había virado a la derecha. Pero, como había advertido Azaña, la falta de entendimiento entre las diversas formaciones republicanas y entre éstas y el partido socialista hizo lo demás. Cosa parecida pensaba y escribía Prieto. Una coalición entre los partidos que gobernaron en los dos primeros Gobiernos provisionales les habría dado el triunfo en dos tercios de las circunscripciones, con la ley electoral recién reformada. En cambio, una coalición de todos los partidos que participaron en los últimos gobiernos azañistas sólo habría triunfado en la cuarta parte de las circunscripciones.

La política seguida por Azaña no tenía, pues, el favor del pueblo español en las postrimerías de 1933, como ya lo habían martilleado a diario sus adversarios políticos desde enero de ese año, y especialmente tras los la matanza de Casas Viejas, las elecciones municipales de abril y las del Tribunal de Garantías, en septiembre.

El ministro de Comunicaciones, Emilio Palomo, del PRRSI, trató en balde de gestionar una coalición republicanos-socialista en las circunscripciones obligadas a la segunda vuelta. Su compañero de gabinete, Juan Botella Asensi, ministro de Justicia, y representante del minúsculo IRS, propuso, en cuanto se conocieron los resultados del domingo 19, la anulación de las elecciones y dimitió al ser rechazada su antidemocrática propuesta⁷². Otro ministro, el de Industria y Comercio, Félix Gordón Ordás,

⁷¹ GIL ROBLES, J. M., *No fue posible paz*, *op. cit.* p. 101.

⁷² Martínez Barrio sitúa el motivo de la dimisión de Botella, ministro de Justicia –sus-

presidente del PRRS, quería la disolución de las Cortes antes de reunirse las mismas, y antes incluso de la segunda vuelta electoral, disparate al que se opusieron los presidentes de la República y del Gobierno⁷³.

No fueron sólo los tres ministros. Nos cuenta el entonces presidente del Gobierno⁷⁴ que, a los pocos días de las elecciones, Manuel Azaña le pidió en una carta que constituyera un ministerio con las fuerzas de izquierda para convocar nuevas elecciones, porque, según él, a causa de la división de los republicanos, la representación salida de las urnas reducía en dos tercios la verdadera voluntad general de los españoles, y eran «evidentes los peligros» que acechaban a la República. Terminaba su misiva con la amenazante pregunta de qué haría el presidente del Consejo, si todos los partidos republicanos retirasen sus ministros del Gobierno. Martínez Barrio le respondió que el resultado electoral no lo había discutido nadie, que la división de los republicanos era responsabilidad suya y que él asumiría todas las carteras de los ministros que pudieran abandonarlas y que nombraría los nuevos titulares. Fechada el 5 de diciembre, recibía Barrio otra carta, esta vez firmada por Manuel Azaña, Marcelino Domingo y Santiago Casares Quiroga, en la que venían a solicitar lo mismo, aludiendo a «consecuencias muy graves», en las que no querían verse comprometidos. Añadían que su opinión y su deseo lo compartían

tituido por el ministro de Instrucción Pública, Domingo Barnés— antes de las elecciones, debido a un duro enfrentamiento con el ministro de la Gobernación, Rico Avelló, tras la fuga de Juan March de la prisión de Alcalá de Henares, el 4 de noviembre: los dos, abogados y masones, se achacaban mutuamente la responsabilidad política de lo sucedido, MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias, op. cit.*, p. 208.

⁷³ AVILÉS FARRÉ, J., *La izquierda burguesa en la II República, op. cit.*, pp. 222-223. Cuando Botella, el ministro de Justicia radical-socialista de izquierda (IRRS) dimite el 29 de noviembre, denuncia —como lo recoge *El Socialista* de 1 de diciembre— que «las elecciones por inhibición lamentable de los órganos encargados de dirigirlos, han ofrecido los mayores ejemplos de de inmoralidad y de ilegalidad que jamás se han conocido, pues nunca como esta vez ha corrido el oro de las derechas, ni se han explotado más el fanatismo religioso, ni ha habido mayores amaños ni falsedades de actas...» La denuncia, demasiado tardía, de todo un ministro de Justicia, es asimismo demasiado vaga y demagógica. Botella, a quien el PRR le debía ciertos favores desde los primeros tiempos de la obstrucción parlamentaria con motivo de Casas Viejas, era un político extravagante, molesto incluso en su partido, PRRS, que fue el primero en abandonar para fundar otro minúsculo. La comisión ejecutiva del PSOE no aceptó su nombre para ser incluido en una candidatura conjunta republicano-socialista por Alicante para las elecciones legislativas de noviembre. Ver también la severa recriminación que hace Alcalá Zamora de la actitud de estos dos ministros, MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias, op. cit.*, p. 306.

⁷⁴ MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias, op. cit.*, p. 212, donde se transcriben los textos de las cartas.

sus «organizaciones políticas, y algunas más, representadas o no en el Gobierno»⁷⁵.

Entre la primera y la segunda vuelta, según nos hace saber Alcalá Zamora⁷⁶, le dijo un día Besteiro, riendo, que se preparase «para oír alguna locura muy grande». Y fue que Juan Negrín, ilustre fisiólogo de profesión, en veste de representante del grupo parlamentario socialista, le visitó para aconsejarle la formación de un Gobierno de izquierdas, con mandato de disolución de las Cortes, pero aplazada mientras se elaboraba una nueva ley electoral que asegurara el triunfo de los partidos de izquierda. En el ínterin, un decreto presidencial suspendería las sesiones parlamentarias y gobernaría el presidente de la República en colaboración con la Diputación permanente de las Constituyentes. ¡La «invención» de tamaño embrollo jurídico y dislate político lo atribuye don Niceto, no sé con qué razón, a la colaboración de Fernando de los Ríos, jurista que se hace interpretar por un fisiólogo, sin el intercambio correspondiente!

Como he apuntado antes, las corrientes más izquierdistas de los partidos republicanos ex gubernamentales, no estaban lejos de las actitudes extremas de algunos de sus dirigentes. Para ellos, como lo había proclamado a menudo Manuel Azaña, y lo defendía férreamente Largo Caballero, la República era obra y cosa de los republicanos, un coto cerrado de su propiedad, y cualquier intento de entrar en ese terreno vedado era un delito de lesa República⁷⁷.

⁷⁵ Alcalá Zamora habla exageradamente de «tres golpes de estado» en veinte días, aludiendo a las propuestas de Botella, Gordón y a esta carta de los tres ex-mandatarios republicanos, y con toda la ironía del mundo dice ignorar si figuraban en esa carta signos «de fraternidad masónica, pero el llamamiento tácito a lo solidario de esta relación se trasparentaba clarísimo». *Memorias...*, pp. 300-301. Pueden añadirse a esa triple presión la amenaza no velada de Largo Caballero, al final de su mitin del día 28 de noviembre, en el cine Europa, como los veremos en seguida, y la visita al presidente del diputado socialista Juan Negrín, vicepresidente del GPS.

⁷⁶ MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias, op. cit.*, p. 301.

⁷⁷ En la misma publicación, antes citada, de las juventudes de AR, el partido de Azaña (nota 85), se juzga el resultado de las elecciones de noviembre como «inicuo y falso», pero sin mostrar indicios ni prueba alguna al respecto, y se arremete contra «la famosa juridicidad, en cuyo nombre se yuguló todo el empuje revolucionario de abril del 31». Se juzgan igualmente esos momentos como de máxima responsabilidad para los dirigentes del republicanismo de izquierda; «si éstos –se añade–, ahitos de legalidad, desoyen en esta hora histórica el latir revolucionario del pueblo español, serán desbordados por el empuje arrollador de las Juventudes, que no están dispuestas a dejarse detener por ninguna especie de varones prudentes». El presidente de las Juventudes de Acción Republicana, y responsable de la revista, Antonio Ruiz Rey, abandonó el partido antes de la segunda vuelta, y fue constituida de inmediato otra junta directiva, presidida por Gerardo Saura, AVILÉS FARRÉ, J, *La izquierda burguesa en la II República, op. cit.*, p. 223.

La comisión ejecutiva del PSOE se reunió el día 22 de noviembre, con las ausencias de Vidarte y Carrillo⁷⁸. El presidente Caballero informó de las visitas recibidas de «algunos elementos republicanos» para tratar de las posibilidades de «formar una alianza electoral que evite en la segunda vuelta el triunfo de los candidatos de la derecha». Y por «acuerdo unánime» se publicó esta nota:

«La Comisión ejecutiva, ante las elecciones de la segunda vuelta que en varias provincias han de celebrarse el día 3 de Diciembre, recuerda a las organizaciones del Partido Socialista que, si alguna de ellas estimara procedente establecer alianzas electorales para esa segunda vuelta, deben consultar los respectivos casos a la Ejecutiva, de acuerdo con lo que, como norma general, decidió el Comité nacional. Pero, desde luego, la Comisión ejecutiva anticipa su criterio en absoluto contrario a autorizar coaliciones en las que hubieren de participar elementos del Partido Radical, considerando que la conducta de éste, al facilitar la entrega de la República a los reaccionarios mediante vergonzosos pactos con ellos, le hace indigno de cualquier solidaridad o contacto por parte de los socialistas».

El compañero De los Ríos, elegido ya (por la minoría) diputado por Granada), junto con María Lejárraga y Ramón Lamonedá, frente a la vencedora candidatura radical-cedista-agraria, informó sobre esa elección y la accidentada campaña, de la que hicimos mención, y el compañero Tomás, candidato sin suerte por la misma circunscripción a falta de 17 votos, amplió la información, a la vez que propuso dirigirse al comité de la UGT «para iniciar conversaciones sobre la acción futura a realizar por la Unión y el Partido». Se designó una comisión integrada por De Francisco, De los Ríos y Carrillo para que conjuntamente con la ejecutiva de la Unión trataran «sobre el particular»⁷⁹.

La reunión de las dos comisiones designadas al efecto tuvo lugar el día 23 en el domicilio social de la UGT⁸⁰. De los Ríos expuso el criterio de la dirección del partido sobre la necesidad de preparar «una acción común que

⁷⁸ AH-20-2, p. 102.

⁷⁹ El resultado de las elecciones le produjo al diputado electo por Granada y vocal de la comisión ejecutiva una crisis muy grande, comparable –dirá él mismo más tarde– con la que sufrió «al salir de la Iglesia Católica». «Desilusión y asco», es lo que sintió al ver el fracaso del intento colectivo por «transformar el régimen económico por medio del organismo político, siendo por ello uno de los ensayos sociales que pudo haber dado más fruto». Zapatero, V., Fernando de los Ríos: Biografía intelectual, op. cit., p. 393. De los Ríos manifestó a sus compañeros su deseo de volver a la docencia. El 30 de diciembre dirigió una solicitud al ministerio de Instrucción Pública para que se le otorgase permiso para poder continuar explicando en su cátedra y conservar su actual situación académica, aunque estuviera en excedencia forzosa como diputado por Granada. *Ibidem*, p. 408.

⁸⁰ LARGO CABALLERO, F., *Escritos de la República: Notas históricas de la Guerra en España (1917-1940)*, op. cit., p. 42.

impidiese la realización de los propósitos de los elementos fascistas». Preguntó Besteiro, con una larga intención política, con su habitual obsesión, si tal acción tendría por finalidad «la defensa de la República y la democracia burguesa». El «caballerista» Carrillo le contestó que la bandera debía ser «contra el fascismo y la dictadura burguesa», pero que los acontecimientos aconsejarían lo que convendría hacer. Besteiro y Trifón Gómez manifestaron entonces que, estando a punto de reunirse el comité nacional del sindicato, le darían cuenta de lo tratado y comunicarían a la dirección del partido las resoluciones que adoptara.

A la sesión del día 25 asisten todos los miembros de la dirección socialista⁸¹. En primer lugar se da lectura a una carta de la Juventud Socialista de Madrid, en la cual se solicita que «el partido no acuda a una segunda vuelta electoral, por estimar que los apaños realizados por las fuerzas reaccionarias han de anular todos nuestros esfuerzos, y por lo tanto convendría abstenerse de ir a las elecciones. La ejecutiva les responde que laboren con más entusiasmo si cabe que en la primera vuelta electoral, por estimar que no hay impedimento alguno ante la contienda electoral y la labor que posteriormente exijan las circunstancias realizar para defender nuestras conquistas». Las dos últimas líneas, que aquí pueden parecer enigmáticas, responden a la exposición habitual del presidente del partido.

Se lee asimismo una carta de la UGT, en la que piden que se reúnan ambas ejecutivas para «tratar del problema electoral y del resultado obtenido en la primera vuelta», tema del comité nacional sindicalista reunido el día anterior. Como se ve, la organización sindical hermana se limita a tratar de algo muy concreto y no de una indeterminada «acción futura», tal como proponía la dirección política⁸².

Como en la sesión anterior se nombró ya una comisión «ad hoc», la comisión ejecutiva da paso sin más a la lectura por De los Ríos de una «información suscrita», que le ha sido entregada «por persona de su absoluta confianza», en la que se detallan «los deseos de los elementos reaccionarios de realizar actos violentos contra algunos camaradas significativos del Partido», pensando que podrían destruir a éste, una vez desaparecidos aquéllos. Dice, además, conocer por el mismo medio «el plan proyectado

⁸¹ AH-20-2, p. 103.

⁸² Desde el XVII Congreso de la UGT, en octubre de 1932, su presidente era Julián Besteiro, que lo había sido desde 1928 hasta febrero de 1931, y vicepresidente Andrés Saborit, que lo había sido también en ese mismo tracto de tiempo. Elegido en el mismo congreso secretario general Francisco Largo Caballero, casi por unanimidad, no aceptó el cargo, junto con otros vocales, también elegidos, como Pascual Tomás o Anastasio de Gracia, que formaban parte de la candidatura «caballerista», presidida por Manuel Cordero. Pero el congreso no le aceptó la renuncia y fungía, hasta febrero de 1934, de secretario general, como hemos visto, Trifón Gómez, elegido originariamente en la lista de Besteiro para el cargo de secretario adjunto.

por algunos elementos militares, entre ellos clases de tropa, los cuales pretenden realizar un movimiento contra el Gobierno»⁸³.

Largo Caballero, en una obra escrita varios años más tarde, transcribe una nota muy diferente, que podría ser, parcialmente al menos, la original, pero la sitúa en la reunión del 22 de noviembre, en la que De los Ríos afirma que esa «persona de su absoluta confianza es un guardia civil», quien le aconseja vigilar a los jefes de ese cuerpo —«todos fascistas, salvo contadas excepciones»—, que se reúnen con Gil Robles en los domicilios de Acción Popular, donde se da por segura la victoria en las elecciones y después por seguro un Gobierno republicano de acuerdo con Lerroux, que daría «el ataque a fondo a la República, con un fascismo o con una restauración (cosa que aún no habían logrado concretar)». Los políticos, objeto de acciones violentas serían Azaña, Domingo, Largo Caballero, Prieto, De los Ríos, Casares Quiroga y Bedía, éste último inspector de la guardia civil⁸⁴.

Igualmente Prieto informaba en la misma sesión del día 25 que le había llamado urgentemente la ejecutiva de la UGT para informarle de que el Gobierno conocía «el proyectado plan de levantamiento de los militares y que a su vez se denunciaba la posible participación de algunos elementos socialistas en esta labor insurreccional».

«Todos y cada uno de los elementos de la Ejecutiva —se escribe como conclusión— demuestran con sus aclaraciones la falsedad de esta imputación, ya que nadie de los mismos ha tenido, ni tiene, compromiso con dicha clase de elementos».

Al final, el presidente añade una noticia insólita. Le visitaron «elementos de los llamados treintistas»⁸⁵, que se ofrecieron al partido para «realizar

⁸³ En algunos de sus discursos electorales Largo Caballero se hace cargo, entre irónico y escéptico, de ese rumor que hace correr, según dice, el Gobierno de Martínez Barrio. Por ejemplo, el 15 de noviembre, en el mitin de Salamanca: «Por eso un ministro inventó la infamia de un complot, por medio del cual se iban a levantar las clases y los soldados al mando de un nombre que no era ni Besteiro, ni Prieto ni de los Ríos (Risas)». No tenían siquiera el valor de decir que era él. Sólo lo dijeron vagamente. Si eso hubiera sido cierto, no lo hubiera rehuido, y, en todo caso, un movimiento dirigido por él hubiera «sido para perfeccionar el régimen, convirtiéndolo en una República social». Y remata, artero, el orador: «Con tal declaración lo que se reconoce es que los soldados y la clase de tropa están al lado de los trabajadores: que el Gobierno no cuenta con la confianza del ejército y que tiene el temor de que los soldados y sargentos den señales de vida». Discurso en el teatro Bretón, de Salamanca, *cit.*, p. 1952.

⁸⁴ LARGO CABALLERO, F., *Escritos de la República: Notas históricas de la Guerra en España (1917-1940)*, *op. cit.*, p. 41.

⁸⁵ El «treintismo» (del número de firmantes del famoso *Manifiesto de los Treinta*) fue una corriente moderada y posibilista, sin dejar de ser revolucionaria, que defendía un período preparatorio, también de «elementos morales», antes de la revolución, dentro

un movimiento de defensa en contra de los atropellos de la reacción, pero siempre controlados y dirigidos por la Unión General de Trabajadores y por el Partido». La ejecutiva «se da por enterada» de esta información, ya que «no es posible aceptar dicha colaboración sin previo acuerdo de ambas Comisiones ejecutivas y con elementos de responsabilidad que la soliciten oficialmente».

El mismo día 25, se celebró la reunión conjunta de los dos estados mayores⁸⁶. Por parte del PSOE asistieron todos sus miembros. Por parte de la UGT, todos menos José Castro. Besteiro, presidente de la Unión General, presenta el estado de la cuestión: su último comité nacional recomendó la reunión de las dos ejecutivas y posteriormente, si éstas lo consideraban conveniente, la de los dos comités nacionales. Trifón Gómez, el sustituto de Largo en la ejecutiva sindical y desde 1918 secretario general de Sindicato Nacional Ferroviario de UGT, sugiere crear un organismo de enlace de las dos direcciones para hacer frente en cualquier momento a cualquier situación. Largo Caballero, siempre conciso y directo, asevera que el compromiso «debe ser para realizar un movimiento revolucionario a fin de impedir el establecimiento de un régimen fascista». Besteiro, que no le pasa una a su contendiente ideológico, vuelve sobre la reunión anterior y recuerda que De los Ríos asintió a la pregunta que se le hizo de que la acción conjunta que llevar a cabo sería «para defender la República y la democracia». Pero el catedrático granadino, con cierto malhumor seguramente, replica que ni se contestó a la pregunta del ex presidente de las Cortes ni llegó a concretarse nada. Carrillo, en cambio, sí recuerda –y el acta sucinta parece darle la razón– lo que él dijo: que la acción no era ni para implantar el socialismo, lo que «habría de restarnos bastantes ayudas», ni para defender la democracia, «por si con ello se enfriaba el entusiasmo de nuestros camaradas, y que debe hablarse sólo de antifascismo, en lo que puede resumirse todo».

En este punto, T. Gómez entiende que lo que ahora conviene es «concretar cómo ha de realizarse la acción, pero nada más». El ex ministro De los Ríos desvía un tanto el tenso debate y pregunta si convendrá hacer un manifiesto para fijar la postura de las dos ejecutivas y dar cuenta de la situación al presidente de la República, porque la parece muy grave que entregue el poder a quienes en sus declaraciones han dicho que «o las instituciones de la República se sometían a su voluntad o prescindirían

de la anarco-sindicalista Confederación Nacional del Trabajo, mayoritariamente dirigida por «faístas», más extremistas e inmedatistas, con un concepto «simplista, clásico, un tanto pelicularo» –al decir del *Manifiesto*– de la revolución. Sus dirigentes más conocidos fueron Juan López, Agustín Gibanel, Ángel Pestaña o Juan Peiró.

⁸⁶ LARGO CABALLERO, F., *Escritos de la República: Notas históricas de la Guerra en España (1917-1940)*, op. cit., pp. 43-44.

de ellas». Alusión clara a la frase, arriba comentada, de Gil Robles. Pero Largo, que no suele admitir desvíos en discusiones como ésta, fija de nuevo la posición que no es lo que plantea el compañero, sino «estudiar la forma de prevenirnos para hacer frente a los elementos reaccionarios». Prieto, que ha permanecido callado hasta entonces, propone, recogiendo la sugerencia del comité nacional de la UGT, que los dos comités se reúnan para ver si tienen fuerza para realizar alguna acción. Él ve como características de la situación actual la depresión y la irritación, que no le satisfacen, y hacer una protesta contra las elecciones pasadas no resuelve absolutamente nada. Y se suma, aunque sin citarle, a la propuesta que al comienzo de la reunión hizo el secretario de la UGT: «nombrar una comisión mixta que se encargue de examinar las circunstancias en todo instante».

Se acuerda formar esa comisión; también, a iniciativa de Cordero, publicar una nota de prensa, para cuya redacción se designa a Prieto, que, como se ve, hace, por esta vez, de puente, equilibrio y mediación, entre dos posiciones muy alejadas. Una vez leída y aprobada la nota, se levanta la sesión.

La nota, publicada en el órgano del partido al día siguiente, además de animar a los afiliados en la segunda vuelta a fortalecer la minoría socialista, «a la que ha de incumbir casi exclusivamente en el futuro Parlamento la defensa de los avances políticos y sociales obtenidos por medio de la República», decía así:

«Sometida a examen la situación política creada como resultado de la elecciones legislativas, hubo absoluta unanimidad de criterio, así al apreciar las consecuencias de ese resultado como al considerar imprescindible el vivir alerta ante el peligro de que el adueñamiento del poder por los elementos reaccionarios (bien lo ejerzan directamente o delegándolo en quienes les facilitaron el triunfo) les sirva para rebasar los cauces constitucionales en su público designio de anular toda la obra de la República, propósito contra el cual habrán de alzarse vigorosamente las organizaciones obreras».

Nota típicamente «prietista» por su vocabulario y sus conceptos, que en seguida reconocemos, con la doble alusión a los gilroblistas y a los radicales, y el interés por manifestar la unanimidad que no existía y por querer contentar a todos, al presidente del partido le debió de parecer, como lo rememora varios años después, expresión de falta de decisión y de varias contradicciones, como las de Prieto, «sin dejar por eso su desconfianza hacia la clase obrera organizada».

FLC aclara con su pícaro humor habitual las dos interpretaciones que habían de darse, en muchas ocasiones, a esta nota pretendidamente vaga, aprobada por todos, tenida como «documento oficial» para las

futuras actuaciones de las dos organizaciones obreras⁸⁷. La cuestión se planteaba así desde el primer momento, según el dirigente socialista: ¿el PSOE y la UGT habrían de «alzarse vigorosamente» cuando las derechas hubieran consumado su «designio», o cuando vieran claramente el «propósito» de realizarlo? El mismo presidente y sus amigos, Cabello, Carrillo, Tomás y De Francisco opinaban lo segundo; «otros» y la mayor parte de la dirección de la UGT, lo primero. La segunda cuestión era más espinosa todavía: ¿el movimiento «vigoroso» de las organizaciones obreras debía limitarse a defender «la obra de la República» o habría de aprovechar las circunstancias, si eran favorables, para imponer los postulados socialistas? La mayoría de la dirección política –se responde a sí mismo Caballero– defendían lo segundo; «otros» y la mayoría de la dirección sindicalista, lo primero; «los demás guardaban silencio». En ese pronombre «otros», Caballero incluye sin duda a Prieto y De los Ríos. Y añade por su cuenta, haciéndose portavoz de los trabajadores españoles del momento: «Los trabajadores españoles deseaban que el movimiento se iniciase con carácter antifascista, pero que, si era posible, debía transformarse dicho movimiento en socialista. De la República no habían sacado nada más que decepciones. ¿Para qué, si no, se organizaban las alianzas obreras?»

TITLE: The crash of the PSOE in 1933. From the Government to the Revolution (and II).

RESUMEN: Desde el discurso del ministro Largo Caballero en Ginebra, anterior al del cine Pardiñas y al de la Escuela de Verano (1933), la deriva política del PSOE mayoritario era clara. La salida forzosa del Gobierno aumentó la agresividad frente a la «República burguesa» y a la «democracia burguesa», con la ayuda de las Juventudes Socialistas y del órgano del partido «El Socialista». Los discursos electorales del presidente del partido y las Actas de la comisión ejecutiva de éste son la mejor prueba. La triple derrota electoral de ese año no haría más que exacerbar el sentimiento de frustración. Sólo resistía aún, aunque por poco tiempo, la «facción» de Julián Besteiro, presidente de la UGT: un marxista «ortodoxo», opuesto a la dictadura del proletariado.

ABSTRACT: From the speech of Minister Largo Caballero in Geneva, prior to the one that took place in the Pardiñas cinema and the one at the Summer School, (1933), the political leeway of the majority of the PSOE was clear. The forced exit of the Government increased the aggressiveness against the «Bourgeois Republic» and the «Bourgeois Democracy», with the help of the Socialist Youth Association and the official newspaper «El Socialista» («The Socialist»). The election speeches of the head of the Party and the minutes of the Party-Board are the best evidence of it. That year, the triple election defeat only ag-

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 45-46.

gravated the feeling of frustration. The «fraction» of Julián Besteiro, president of the UGT (General Trade Union), an «orthodox» Marxist, opposed to the dictatorship of the proletariat, was the only one resisting, an just for a short time.

KEY WORDS: Socialist Party of Spain, Second Republic, Democracy, Revolution.

Recibido: 05.03.2012

Aceptado: 31.05.2012

ESTADO DE DERECHO Y PLURALISMO RELIGIOSO¹

Arturo Calvo Espiga
Abogado del Tribunal de la Rota de Roma
Catedrático de Derecho Eclesiástico
Universidad de Málaga

«El hombre podrá prescindir de una fe sólo cuando haya evolucionado hasta situarse más allá de la experiencia de la incertidumbre»(M. Greeley)

SUMARIO. 1. Delimitación del entorno hermenéutico. 1.1. Los derechos humanos como horizonte jurídico del Estado. 1.2. Razón y razonabilidad como lugares hermenéuticos. 2. Acercamiento al entorno histórico-jurídico. 3. El Estado de Derecho como lugar jurídico. 3.1. El Estado, concepto jurídico-político y realidad social. 3.2. El Estado de Derecho, legitimación jurídica de la estructura estatal. 3.3. El Estado social. 4. El pluralismo religioso como identidad democrática del Estado. 4.1. Sentido del término pluralismo. 4.2. El pluralismo político, principio y valor del ordenamiento. 4.3. Pluralismo y ejercicio de las creencias religiosas: paradoja y compromiso. 5. A modo de colofón conclusivo.

En consonancia con el título que encabeza esta reflexión me ha parecido conveniente ofrecer determinadas concreciones y matizaciones conceptuales o terminológicas, en orden a precisar el contenido o significado de las categorías sobre las que articularé estas páginas. Por otra parte, el hecho de relacionar Estado y Religión, bien que desde la perspectiva socio-jurídica que exigen tanto la actual conformación de los Estados democráticos como la comprensión y sentido del papel y función de la Religión en la sociedad contemporánea, no es novedoso ni para el jurista, ni para el sociólogo, ni mucho menos para el historiador, sobre todo si contemplamos los últimos dos milenios de la historia de Occidente.

Aun cuando los límites de este género académico configuren de forma estricta el contenido y extensión de los asuntos a tratar, sobre todo desde la perspectiva de la configuración interna de sus estructuras o desde los fundamentos teológicos de las Confesiones religiosas, el marco o telón de fondo de esta exposición ha de ser la significativa presencia, a pesar de las fuertes corrientes secularizadoras, que las cuestiones relacionadas con lo sagrado mantienen en nuestras sociedades. La disminución en la práctica cultural de

¹ El presente estudio se ha realizado dentro del marco de las actividades del Grupo de Investigación, Implicaciones jurídicas de la interculturalidad social y religiosa, SEJ 344 de la Junta de Andalucía y ha contado con la ayuda del Centro de Estudios anejo a la Iglesia Nacional Española en Roma.

las religiones tradicionales y mayoritarias en nuestro entorno europeo contrasta, sin embargo, con el crecimiento y extensión de nuevas formas de presencia, identidad y testimonio militante de lo sagrado².

Así pues, en un mundo, al menos aparentemente, secularizado, por parte de las Confesiones religiosas y de la propia sociedad se reclama a la *civitas*, cada vez con mayor urgencia, no sólo garantías para su propio desarrollo y el de su actividad proselitista, sino el reconocimiento de su papel y misión en el espacio público³. Presencia en el espacio público que debe ser garantizada y protegida por un Estado exquisitamente neutro e independiente por lo que se refiere a la estructura y funcionamiento interno de las propias Confesiones, así como respecto a los posibles conflictos que puedan surgir en el seno de las referidas Confesiones.

No se debe perder de vista, además, que la problemática que analizamos en esta sede está firmemente enraizada en lo más íntimo del ser personal,

² En plena efervescencia secularizadora y cuando la teología de la muerte de Dios era referencia obligada para teólogos, sociólogos, filósofos y eclesiásticos europeos y americanos, Greeley, eminente sociólogo y escritor norteamericano, finalizaba un precioso libro sobre el anhelo y búsqueda de lo religioso en la *ciudad secular* con estas palabras: «Y, por si faltaba algo, el profesor Harvey Cox ya ha emprendido su peregrinación desde la ciudad secular hasta la ciudad festiva, situada en lo alto de una montaña cuyo nombre suena de manera muy parecida a Camelot, que, nótese bien, era un lugar mitológico en tiempos del Rey Arturo y lo era todavía en los años sesenta del siglo XX» (GREELEY, A. M., *Un secular man. The persistence of religion*, Schocken Books Nueva York, 1972, p. 278). No en vano la secularización no va más allá de ser, tal como se ha presentado hasta el momento, una quimera mítica disfrazada de racionalismo.

³ «Convinzione comune ai diversi autori e alle diverse prospettive di ricerca sembra essere che le questioni relative alla ‘religione’ sono strettamente congiunte alle trasformazioni subite dall’uomo nell’epoca moderna e contemporanea, che vede il passaggio dall’epoca della secolarizzazione all’epoca del postsecolarismo. Fino agli anni Settanta costituiva punto di riferimento la tesi di Harvey Cox, il quale ne *La città secolare* scriveva: «Il mondo sta diventando sempre più soltanto mondo»... Ma già dalla metà degli anni Settanta il processo di secolarizzazione subisce un mutamento: «Prende forma un nuovo discorso religioso non più per cercare un adeguamento ai valori secolari, ma per ridare un fondamento sacro all’organizzazione della società, modificandola se necessario. Attraverso le sue molteplici espressioni questo discorso esalta il superamento di una modernità fallita, attribuendo insuccessi e disorientamenti all’allontanamento da Dio»^(*). La filosofia politica e sociale, quale emerge in un’epoca culturalmente qualificata come ‘postmoderna’, sembra attribuire un grande significato al ‘postsecolarismo’, inteso come la nuova comprensione del significato e del valore della religione dopo la secolarizzazione» (POSSENTI, V., «Editoriale», en IDEM (ed.), *Ritorno della religione? Tra ragione, fede e società*, Guerini Studio, Milán, 2009, p. 9). En parecida línea y dentro del mismo volumen que corresponde al *Anuario de Filosofía* del año 2009, puede verse también: GABELLIERI, E., «Ethique et «vie publique», comme médiations entre religion et politique», pp. 119-138 y GATTI, R., «Il problema teologico-politico e il ritorno della Religione nella sfera pubblica», pp. 139-164.

así como en el ejercicio de los derechos básicos y fundamentales de los que es titular. Desde esta perspectiva personal/personalista abordaremos el papel del Estado y toda su estructura en el reconocimiento y garantía de la autonomía de la sociedad civil y de las personas que son antes miembros de la sociedad que ciudadanos del Estado que, en cuanto auténticamente democrático, la ordena y sirve como instrumento para que aquella y los ciudadanos que la conforman alcancen sus fines.

La relación del Estado con las Confesiones religiosas y las consecuencias jurídicas que de aquella derivan tienen una larga biografía, aunque en esta exposición nos ceñiremos, con la brevedad, que requiere el caso a la experiencia que ofrece la historia del Cristianismo desde su aparición en pleno florecimiento del Imperio romano. El estudio de la exigencia que la práctica religiosa plantea al Estado de derecho lo abordamos desde una doble perspectiva hermenéutica: la propia que exige la opción por los derechos humanos de los sistemas democráticos contemporáneos y la que se deriva del lugar preeminente que ha de ocupar la racionalidad en todo análisis que afecte a la persona y a su protagonismo en la sociedad. Desde esta opción metodológica nos preguntaremos por los elementos fundamentales que definen el Estado de derecho así como por sus exigencias jurídicas y políticas y por cómo se han de proyectar en su relación con las Confesiones religiosas, buscando, sobre todo, si la actitud de positiva colaboración que el Estado está llamado a mantener con las Confesiones religiosas en cuanto cauce de expresión de uno de los más íntimos derechos fundamentales de sus ciudadanos es exigencia de la misma naturaleza jurídica del Estado de derecho.

1. DELIMITACIÓN DEL ENTORNO HERMENÉUTICO.

Antes de abordar la problemática a que se refiere el título que encabeza este estudio, interesa poner de manifiesto el entorno metodológico y, en cierto modo, de contenido desde el que abordaré el asunto sobre el que versa esta exposición, puesto que difícilmente en cuestiones jurídicas fundamentales, como considero la que aquí abordaremos, los contenidos pueden permanecer inmunes a la influencia de la metodología utilizada en su tratamiento. Me refiero al papel fundamental que la observancia, respeto y práctica de los derechos humanos desempeñan en la articulación del Estado de derecho.

1.1. Los derechos humanos como horizonte jurídico del Estado.

Al referirnos a los derechos humanos, no podemos dejar de lado la radical polisemia, equívocidad, en tantos casos, del topos *derechos humanos*⁴.

⁴ Cf. BROW, S. M., «Inalienable Right», *Philosophical Review* 64, 1955, pp. 192-211; CALVO ESPIGA, A., «Pautas para el análisis de un anacronismo jurídico: ¿'Derechos humanos' en la Iglesia?», en *Pluralismo socio-cultural y fe cristiana*, Mensajero, ESET y Universidad de Deusto, Bilbao-Vitoria, 1990, pp. 366-370; ELLACURIA, I., «Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares»,

Por ello, de ninguna manera se ha de dar por supuesta la significación de esta locución. Sin entrar en el detalle de esta problemática, sí que conviene apuntar, a modo de criterio orientativo, el hecho de que en amplios sectores de la doctrina constitucionalista se está imponiendo progresivamente la tendencia a sustituir la conceptualización *derechos humanos* por la de *derechos fundamentales*. Así pues, desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos contemporáneos los derechos humanos sólo se asumen en cuanto *derechos fundamentales*, es decir, en la medida en que hayan sido formalmente constitucionalizados: de este modo, a los derechos humanos sólo les dota de efectividad jurídica el hecho de su inserción positiva en los textos normativo-constitucionales⁵. Como consecuencia de este principio, no es de extrañar que cada vez adquieran más fuerza aquellas líneas doctrinales que defienden el sinsentido que supone, a partir de los ordenamientos constitucionales actualmente vigentes, hablar hoy de unos derechos humanos inherentes a la persona y previos a los ordenamientos constitucionales de carácter democrático⁶.

No faltan, sin embargo, voces que, a diferencia de los anteriores, estiman que el propio término *derecho fundamental* admite, al menos, una duplicidad de significado. Por una parte, hablar de derechos fundamentales sería equivalente a reconocer la preexistencia, respecto al Estado, de la persona humana en cuanto sujeto jurídico; y, por otra, equivaldría a garantizar un espacio propio de autonomía para el individuo, independientemente del Estado. En este sentido ha podido afirmarse que «los derechos del hombre constituye una de las más grandes invenciones de nuestra civilización»⁷. Y ello porque el potencial socio-jurídico de los propios derechos humanos ha permeabilizado de tal modo la conformación constitucional de los Estados que incluso ha llegado a transformar la misma noción originaria de Estado de derecho que, de medio garantizador de la aplicación del derecho, se ha convertido en promotor de la realización de los derechos del hombre no sólo

Lumen 39, 1990, pp. 9-19; GARCÍA BARBERENA, T., «Adulterio casto», *Revista Española de Derecho Canónico* 17, 1962, pp. 24-261; PUY MUÑOZ, F., *Tópica jurídica*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1984, pp. 372-483; IDEM, «Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos», *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica*, t. 2, Madrid 1985, pp. 275-280; IDEM, «El tópico «derechos humanos»», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 95, 1987, pp. 200-202.

⁵ Así, por ejemplo, se expresa la Constitución Española: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (CE, art. 10. 2).

⁶ Cf. SORIANO, R., «¿Es iusnaturalista la Constitución Española de 1978?», *Revista de las Cortes Generales*, n. 12, 1987, pp. 109-159.

⁷ NINO, C. S., *Ética y Derechos humanos*, Paidós Studio, Buenos Aires, 1984, p. 13.

formal sino también materialmente, como queda por ejemplo imperado en el artículo 9, 2 de la Constitución Española⁸, pasando a ser determinado o calificado el Estado de derecho como *social y democrático*⁹.

El principio de que las leyes encuentran siempre un límite en derechos preexistentes del individuo que las mismas leyes no pueden sobrepasar constituye uno de los fundamentos del Estado democrático, en la medida en que supone una auténtica revolución en la forma de entender las relaciones políticas al contraponer al hombre considerado como individuo singular a la sociedad y, en última instancia, al Estado; y al considerar el derecho como antecedente o previo al deber, en contra de lo que había sido común en una larga tradición jurídica que se extiende desde Cicerón hasta Pufendorf.

⁸ «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Resulta paradójico que el único desarrollo normativo que haya tenido este párrafo, así como el propio artículo 10 CE, se haya realizado, hasta el momento, por el escueto artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, **de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**: «1. Esta Ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución.

A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

«2. A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 %. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

«La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional».

⁹ Cf. HOLLERBACH, A., «Grundwerte und Grundrechte in der Gesellschaft und im Staat», en CORECCO, E., HERZOG, H. y SCOLA, A. (eds.), *Die Grundrechte des Christen in Kirche und Gesellschaft*, Herder Verlag, Friburgo-Suiza, Friburgo de Brisgovia y Milán, 1981, pp. 811-833. Para una descripción más detallada de las distintas comprensiones de los derechos humanos operantes en la dogmática jurídica contemporánea, puede verse CALVO ESPIGA, A., «Pautas para el análisis de un anacronismo jurídico...», cit., pp. 367-369.

Como colofón de esta polisemia o quizás de esta equívoca complejidad significativa del término *derechos humanos* cabe una breve referencia al contenido y consecuencias del párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948¹⁰. Cláusula que, al determinar la entidad y cualidad de las limitaciones admisibles en el ejercicio de los derechos humanos, configura de hecho un modo concreto y preciso de entender los derechos humanos, constituyendo, aunque de forma indirecta, una nueva conceptualización de los mismos. Se establece en la norma de referencia que las limitaciones en el ejercicio de los derechos humanos contemplados en la Declaración deben ser «*determinadas por la ley*» y, en concreto, establece como tales limitaciones *la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática*. Nos hallamos, pues, ante unos conceptos jurídicamente tan vagos e imprecisos, por su generalización, que de nuevo, para su concreción, se hace necesario recurrir, según previsión del propio texto de la Declaración, a los ordenamientos propios de cada Estado. En definitiva, resulta que las elecciones definitivas en todo lo referido con el ejercicio y respeto de los derechos humanos son confiadas al ordenamiento interno de cada Estado.

Queda, pues, patente como en la formulación de este artículo 29 adquiere inusitada vigencia el que se ha denominado *mito de la ley*, tan presente en las grandes declaraciones *políticas* del siglo XVIII y de forma especial en la francesa inspirada directamente, por lo que se refiere a esta cuestión, en el pensamiento de Rousseau¹¹. De la discusión que precedió durante los años 1946 a 1948 a la Declaración de la ONU se concluye idéntica impresión, al asumir como principio la presunción de ecuanimidad, justicia, control y no arbitrariedad de la ley dado su carácter general (*erga omnes*) y el hecho de que *normalmente* sea elaborada por órganos democráticos. Sin embargo,

¹⁰ «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

¹¹ En sentido distinto la que, con toda probabilidad, puede considerarse como la primera formulación jurídica y orgánicamente estructurada de derechos humanos es la declaración realizada por el Concilio Provincial de Charcas, actual Sucre, el año 1774: «La déclaration du concile de Charcas, approuvée d'abord par le concile lui-même et renforcée dans la suite par le «Real acuerdo» de la «Audiencia»; replacée dans l'histoire, c'est à dire, dans cette longue gestation et ce lent cheminement des idées; considérée en fonction de la formulation toujours plus précise des théories en fonction des réalités les plus diverses et des institutions, constitue, semble-t-il, dans l'ordre chronologique, un des premiers maillons de la grande chaîne des déclarations des droits de l'homme. Elle est antérieure, en tout cas, à celle des Etats-Unis de l'Amérique du Nord (1778) et à celle de la France (1789)» (SORIA-VASCO, J.-A., «Le Concile provincial de Charcas de 1774 et les déclarations des Droits de l'homme», *L'Année Canonique* 15, 1971, p. 514).

con demasiada frecuencia, la experiencia demuestra que, incluso en el caso de sistemas tenidos por democráticos, la ley puede ser elaborada, manipulada o tergiversada a gusto y conveniencia del poder ejecutivo, bien cuando acontece una situación de identidad-continuidad entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria de la que procede, o cuando la institución parlamentaria no es otra cosa que una formalidad cara a la galería que, por distintas circunstancias, no es capaz de expresar exigencias o pareceres distintos o contrapuestos a los del ejecutivo.

La raíz y el lazo común de los derechos humanos es, como se expresa en el artículo 1 de la Declaración de la ONU, la *dignidad humana*¹². Aunque los derechos humanos son plurales y susceptibles de aumento o progreso cuantitativo, para la *dignidad humana* sólo existe el singular. La dignidad humana es una, única e indivisible, idéntica para y en cualquier ser humano; y constituye el nervio y corazón de la doctrina de los derechos humanos. La dignidad humana no es graduable, o se da plenamente o no se da en absoluto. La dignidad designa una propiedad esencial e inescindible del ser humano, al margen y más allá de cómo filosofías e ideologías conciban su contenido. La dignidad humana, pues, equivale al valor *inapreciable* del ser humano puesto que el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a objeto de nada ni de nadie, ni, en consecuencia, le puede ser asignado precio que posibilite su permuta¹³. Si bien como ya pusiera de relieve Berlin y más recientemente Francesca De Vecchi, sólo podrá hablarse de dignidad de la persona, en un sentido pleno y jurídica y éticamente relevante, cuando el valor en sí de la dignidad sea aceptado por el otro¹⁴. O, dicho de otro modo, la dignidad se plenifica, en cuanto valor, por la aceptada relación hacia el otro,

¹² «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». En la misma línea se manifiesta la Constitución Española en el párrafo 1 de su artículo 10: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

¹³ Cf. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, tr. M. García Morente, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1981⁷, pp. 90-93.

¹⁴ Según Berlin, el hombre libre de Kant no necesita reconocimiento público alguno para ser interiormente libre. Aunque sea tratado como un medio en orden a conseguir un fin totalmente extraño a su ser hombre, nos hallaremos ante una injusticia de quien lo explota, pero su estatuto «nouménico» permanece intacto y siempre será perfectamente libre y plenamente humano cualquiera sea el modo en que haya sido tratado. Pero, para Berlin, la relación a y con los otros se convierte en elemento fundamental de la propia persona, puesto que, según él «yo no soy nada si no soy reconocido». Cf. BERLIN, I., *Two Concepts of Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1958, p. 41; DE VECCHI, F., «Introduzione. Il fondamento assoluto e plurale dei diritti umani», en HERSCH, J., *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Bruno Mondadori, Milán, 2008, p. 33: la edición italiana de esta obra de Hersch ha sido realizada por F. De Vecchi.

aun cuando la consecuencia de la reciprocidad pueda llegar, en el peor de los casos, a concretarse en la violación – negación de la propia dignidad. De este modo, quien *utiliza* a otro ser humano, aunque en el fondo no cercenara su íntima dignidad (Kant), provoca la violación o quiebra de su propia dignidad en la medida en que ha procurado la anulación de la ajena. En razón, pues, de que la dignidad del hombre es una, indivisible y no graduable, no cabe sino aceptar que los derechos del hombre son una totalidad, una realidad o unidad en si mismos y que, por tanto, no pueden ser añadidos o sustraídos según coyunturas o conveniencias¹⁵.

La división o especificidad de los derechos humanos tal como actualmente se ordenan o sistematizan por parte de la dogmática jurídica es, probablemente, deudora de su propia historia. Tras la experiencia de la segunda guerra mundial era lógico que en la articulación de los derechos humanos primasen dos líneas fundamentales: la que determina los conocidos como *derechos humanos individuales*, protectores del individuo frente al Estado y a los poderes fácticos sociales; y la que sustenta los denominados *derechos humanos sociales* y, los con ellos necesariamente relacionados, *económicos*. La pobreza, miseria en tantos casos, del mal denominado Tercer Mundo y su expansión tanto cuantitativa como cualitativa han conformado una nueva categoría, la del *derecho a la existencia*. Por otra parte, la progresiva complejidad de las relaciones políticas y sociales en un mundo que ha aproximado hasta la inmediatez la información así como la posibilidad y facilidad de comunicación entre personas y grupos ha delineado los denominados *derechos de participación*. De este modo, los derechos humanos pueden genéricamente clasificarse en los siguientes órdenes: 1) *derechos de protección*: derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad; 2) *derechos de libertad*: libertad de religión, de opinión y de asociación; 3) *derechos sociales*: dere-

¹⁵ «Todo lo referente a los derechos del hombre, más allá del viejo racionalismo que los deducía a partir de una determinada definición unitaria del concepto genérico de naturaleza humana, aparece hoy en la dimensión personal del hombre en cuanto individuo que se realiza de cara a un complejo de relaciones sociales. Este cambio de perspectiva incide no sólo en las diversas concepciones sobre el sujeto del derecho, sino que afecta también a los mismos contenidos del ordenamiento e incluso a las propias funciones del Estado. Sin embargo, aun reconociendo el gran valor y las potencialidades contenidas en esta nueva orientación, no puede olvidarse que por encima de las relaciones que constituyen formalmente al hombre como *individuo en sociedad*, existe en la persona una dimensión constitutiva esencial que la sitúa en una tesitura distinta del orden político y por encima del mismo Estado. Nos referimos directa y específicamente a aquellos aspectos y valores personales cuyo desarrollo y plenitud no pueden conseguirse ni a través, ni a partir del ejercicio positivo de los poderes públicos» (CALVO ESPIGA, A., «Acercamiento a la incidencia del derecho natural y de los derechos humanos en la elaboración del derecho», *Scriptorium Victoriense* 32, 1985, p. 307).

cho al trabajo, alimentación, etc.; y 4) *derechos de participación*: derecho a tomar parte activa en la política y en la economía¹⁶.

La validez general de los derechos humanos, en relación con el desarrollo práctico de los ordenamientos democráticos, es principio necesario y punto de convergencia de todo planteamiento jurídico que prime la centralidad social y política de la persona a la hora de contrastar la estructura estatal con su único fin de servicio a la comunidad social¹⁷. Validez que entronca directamente con el proceso de su universalización acaecido, sobre todo, a partir del desarrollo que la teoría y práctica de los derechos humanos ha experimentado después de la segunda guerra mundial¹⁸. Universalización que, en el ámbito del derecho internacional, ha connotado una radical transformación del, durante siglos, denominado *derecho de gentes* en derecho del individuo, de cada uno de los individuos que, habiendo adquirido al menos potencialmente el derecho de demandar judicialmente al Estado, se van transformando en ciudadanos de un único Estado, en ciudadanos del mundo. Este que podríamos denominar como proceso de personalización de los derechos humanos también se manifiesta en la tendencia expansiva tanto cualitativa como cuantitativamente de estos

¹⁶ «Como ha explicado Luigi Ferrajoli, los derechos universales de libertad –paradigmática pero no únicamente la libertad de pensamiento– deben ser considerados como «derechos a la diferencia» que implican lógicamente un deber, también universal, de tolerancia ante las diferentes identidades individuales; por su parte, los derechos sociales (yo también incluiría en esta misma categoría a los derechos políticos) tienen que interpretarse como derechos «a la igualdad» que implican el deber, sobre todo de parte de los poderes públicos, de tratar a cada individuo como una persona igual a las demás por lo que hace a las necesidades esenciales y a los intereses vitales. A partir de una concepción como ésta, fruto del momento más evolucionado del constitucionalismo, resulta justificada, o más bien obligatoria, la no-tolerancia –la intransigencia– frente a cualquier lesión a los derechos fundamentales» (BOVERO, M., «La intransigencia en el tiempo de los derechos», *Isonomia*, n. 13, 2000, pp. 144-145). La mención a Ferrajoli se refiere a FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pp. 947-954.

¹⁷ Un interesante planteamiento sobre la universalidad de los derechos humanos, tanto desde su fundamento como desde su proyección social y personal, puede verse en HERSCH, J., *Éclairer l'obscur. Entretiens avec G. et A. Dufour*, L'Âge d'Homme, Lausanne, 1986, pp. 44-66; EADEM, «L'éthique: paradoxes de toujours et perversions d'aujourd'hui», en EADEM, *L'exigence absolue de la liberté. Textes sur les droits humains (1973-1995)*, ed. por F. De Vecchi, Metis Presses, Ginebra, 2008, pp. 86-87; EADEM, «Quelques paradoxes des droits de l'homme», en EADEM, *L'exigence absolue de la liberté...*, cit., pp. 62-65; EADEM, «Les fondements des droits de l'homme dans la conscience individuelle», en EADEM, *L'exigence absolue de la liberté...*, cit., pp. 96-99; EADEM, «Les droits de l'homme d'un point de vue philosophique», en EADEM, *L'exigence absolue de la liberté...*, cit., pp. 104-110.

¹⁸ Cf. CASSESE, A., *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 60-74.

derechos¹⁹. Ahora bien, como ha sido puesto de relieve recientemente, si bien desde planteamientos distintos al que aquí hemos asumido, este proceso aparentemente favorecedor de una mayor centralidad de la persona en realidad la relativiza, pues «el Estado deja de ser un espacio de neutralidad, un lugar por encima de las pretensiones de cualquier absoluto o ideología y, por ello, con la única mira de tutelar la vida y la libertad de cada uno, así como su derecho de tener, cultivar y practicar (si así lo cree) un propio absoluto y una propia ideología... si se busca un modelo de esta perspectiva filosófico-jurídica total –y, en este sentido, totalitaria–, también en este caso puede encontrarse en *Mein Kamph...*»²⁰.

Así pues, la asunción sincera del valor universal de los derechos humanos, más allá de las ideologías subyacentes a los distintos regímenes políticos, es prueba inequívoca de que el ser humano, en su íntima estructuración personal, se conforma, desarrolla y perfecciona, es decir, construye su personalidad como *identidad plural*. En la medida en que esta realidad sea asumida por el ordenamiento como uno de los principios fundantes de su sello democrático, el sistema normativo deberá arbitrar ámbitos de libertad crítica para decidir social y jurídicamente sobre el valor e importancia que haya de atribuirse a las diferentes asociaciones, afiliaciones y opciones sociales, culturales y religiosas que enmarcan y condicionan las diversas y posibles pertenencias sociales en el marco social del ordenamiento²¹.

¹⁹ Expansión o multiplicación de los derechos fundamentales que ha sobrepasado al propio ser humano como sujeto jurídico al considerar a los animales y a la propia naturaleza, en su sentido más amplio y genérico, como sujetos acreedores de derecho. Sin duda alguna, nos hallamos ante un proceso cuya novedad afecta a la propia teoría general del derecho tal como se ha consolidado a lo largo de los siglos. Al convertir en sujeto de derechos a individuos, especies o entes incapaces de responsabilidad se quiebra la relación derecho-deber o deber-derecho, eje fundamental de todo sistema jurídico y fundamento de las relaciones sociales. Al colocar al ser humano en un plano de igualdad, en cuanto a su dimensión de titular de derechos, con seres no humanos, no sólo se quiebra la relación deber-derecho, sino que la persona queda relegada a la periferia del derecho, convirtiéndose al Estado o a los correspondientes órganos supraestatales en únicas fuentes fundantes y legitimadoras de los derechos fundamentales. La persona deja, en este supuesto, de ser raíz, origen y fundamento del derecho. Ni siquiera las relaciones sociales interpersonales conformadas en la dialéctica deber-derecho se consideran razón suficiente de la norma, como formalmente acaeciera ya desde el derecho romano. Sólo el aparato del Estado y su fuerza coactiva se erigen en creadores de normas (*legislador*) y en única fuente de derecho (*iuris-dador*), al margen de la persona y más allá y por encima de la propia sociedad.

²⁰ ESCOBAR, R., *La paura del laico*, Il Mulino, Bolonia, 2010, p. 46.

²¹ Cf. CALVO ESPIGA, A., «Identidad y pertenencia: ordenamiento jurídico y pluralismo religioso», en CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES (ed.), *El fenómeno religioso. Presencia de la Religión y la religiosidad en las sociedades avanzadas*. II Jornadas de Sociología. Sevilla, 13-14 de junio 2007:

<http://www.centrodeestudiosandaluces.info/cursos/adjuntos/1211182.pdf>

Sobre todo a partir del último tercio del siglo pasado, se viene constatando un interesante fenómeno socio-político. Me refiero a la frecuencia con que se invocan los *derechos humanos* como inequívoco contraste de denuncia frente a las distintas situaciones de opresión y violencia que se verifican en ordenamientos jurídicos y prácticas políticas²². Sin embargo, esta situación de aparente sensibilidad respecto a la centralidad de los derechos de la persona, hasta el extremo de haber sido considerados como un auténtico *ethos mundial*, difícilmente se compadece con la parcialización y reduccionismo con que la mayoría de los ordenamientos integran en su desarrollo social y normativo la cuestión de los derechos humanos²³. Pues,

²² A pesar de los muchos y variados pronunciamientos en torno a la necesaria relación entre democracia, Estado de derecho y respeto a los derechos humanos, éstos no pasan de ser, en la mayoría de los casos, libertades meramente formales. Incluso no faltan quienes no aceptan verdadero rigor jurídico en la propia conceptualización de la misma fórmula *derechos humanos*, al considerarla, en el mejor de los casos, mera coartada política o un cómodo *salir del paso* cuando en una sociedad pierden relevancia e influencia la fe religiosa, el pensamiento filosófico o el orden jurídico. En esta línea se manifestaba, por ejemplo, R. Wiethölter en su *Rechtswissenschaft*, publicada en Frankfurt el año 1968, sobre todo en los capítulos tercero y cuarto de esta obra en los que trata, respectivamente, de los derechos naturales y de la imagen/relación hombre-derecho. Insiste este autor en la posible falacia que puede ocultarse tras ciertas invocaciones a los derechos humanos fundadas en una discutible pre-comprensión clasicista determinada, a su vez, por un cierto estatismo esencialista frente a una aceptación de la diversidad de concreciones históricas, del derecho natural. También puede resultar útil para la comprensión de esta problemática, aun cuando su objetivo inmediato tenga que ver directamente con las implicaciones del derecho natural y la moral, un breve artículo de J. Fuchs titulado «Diritto naturale o fallacia naturalistica?», *Rassegna di Teologia* 29, 1988, pp. 313-337.

²³ «Nel discorso *Le fondement théologique des droits de l'homme*, tenuto nel novembre 1988, il vescovo di Rottenburg-Stuttgart, Walter Kasper, ha scritto una frase che può costituire la conclusione del mio discorso: «I diritti dell'uomo costituiscono al giorno d'oggi un nuovo ethos mondiale». *Naturalmente, occorre non dimenticare che un ethos rappresenta il mondo del dover essere*. Il mondo dell'essere ci offre purtroppo uno spettacolo molto diverso. Alla lungimirante consapevolezza circa la centralità di una politica tesa alla sempre migliore formulazione e alla sempre migliore protezione dei diritti dell'uomo corrisponde la loro sistematica violazione in quasi tutti i paesi del mondo, nei rapporti tra un paese e l'altro, tra una razza e l'altra, tra potenti e deboli, tra ricchi e poveri, tra maggioranze e minoranze, tra violenti e rassegnati. L'ethos dei diritti dell'uomo splende nelle solenni dichiarazioni che restano quasi sempre, e quasi dappertutto, lettera morta. La volontà di potenza ha dominato e continua a dominare il corso della storia. L'unica ragione di speranza è che la storia conosce i tempi lunghi e i tempi brevi. La storia dei diritti dell'uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano... Ci sarebbe da stare poco allegri se non fosse che un grande ideale come quello dei diritti dell'uomo rovescia completamente il senso del tempo, perché si proietta nei tempi lunghi, come ogni ideale, il cui avvento non può essere oggetto di una previsione, come

siguen siendo habituales las continuas rupturas de la observancia y respeto de los derechos del hombre en el seno de la comunidad internacional incluso por aquellos Estados que, al menos teóricamente, al interior de sus particulares organizaciones nacionales presumen de ser celosos guardianes de los derechos humanos²⁴. Y no sólo en el ámbito internacional, también en el seno de comunidades políticas social e ideológicamente satisfechas de sus *actitudes observantes* de los derechos humanos se detectan con gran frecuencia situaciones en que por razones de conveniencia política, o por efectividad económica o bien por cuestiones de orden público, se violan sin pudor alguno, e incluso con el aplauso de la masa indolentemente acomodada, derechos personales básicos; o bien se les mantiene en una situación tal que, aun cuando formalmente reconocidos, su ejercicio real y jurídicamente efectivo resulta imposible para gran parte de los ciudadanos²⁵.

Pero no por ello deja de ser cierto el hecho incontestable de que la violación de los derechos humanos legitima la descalificación, como carente de verdadera y auténtica o legítima autoridad, de aquellos regímenes sociales o políticos que, de un modo u otro, desconozcan el protagonismo de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. La razón que fundamenta esta descalificación no es primaria ni principalmente de orden político, sino que se trata, aun cuando no se pretenda directamente, de una reflexión de carácter ético o moral orientada desde principios elementales que se fundamentan en y derivan del propio ser humano. Precisamente por no tratarse de un razonamiento político, sino de un postulado ético o moral previo a cualquier forma o ejercicio del poder político, cabe la crítica y rebelión desobediente, tanto desde el propio sistema jurídico-político como desde fuera de sus coordenadas, ante las legalmente sutiles o dictatorialmente burdas violaciones o desprotección de los derechos del hombre. Crítica y rebelión cuya legitimación

dicevo all'inizio, ma soltanto da un presagio» (BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Giulio Einaudi, Turín, 1997³, pp. 264 y 266).

²⁴ «Nell'epoca contemporanea, tra i vari segni dei tempi non può passare in secondo piano la crescente attenzione che in ogni parte del mondo è rivolta ai diritti dell'uomo, sia per la coscienza sempre più sensibile e profonda che si forma nei singoli e nella comunità intorno a tali diritti, sia per il continuo doloroso moltiplicarsi delle violazioni contro di essi» (PONTIFICIA COMMISSIO IUSTITIA ET PAX, *La Chiesa e i diritti dell'uomo*, §1, Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1975, p. 1).

²⁵ «In un discorso generale sui diritti dell'uomo occorre per prima cosa tenere distinta la teoria dalla prassi, o meglio rendersi subito conto che teoria e prassi camminano su due binari distinti e a velocità molto diverse. Voglio dire che dei diritti dell'uomo si è parlato e si continua a parlare in questi anni tra uomini di studio, filosofi, giuristi, sociologi e uomini politici, molto di più di quel che si sia riusciti sinora a fare per riconoscerli e proteggerli effettivamente, cioè per trasformare aspirazioni, nobili ma vaghe, richieste giuste ma deboli, in diritti in senso proprio (nel senso cioè in cui parlano di «diritto» i giuristi)» (BOBBIO, N., *L'età dei diritti* ..., cit., p. 66).

sería imposible desde una concepción meramente positivista y voluntarista de la producción de la norma por parte del poder político.

1.2. Razón y razonabilidad como lugares hermenéuticos.

La racionalidad constituye el segundo rail o referente hermenéutico en que se articula esta exposición. Me refiero de forma mediata a la racionalidad entendida, sobre todo, en el sentido asumido por los juristas romanos cuando se referían a la naturaleza y funciones tanto del *ius naturale* como del *ius civile*, pues lo mismo en el caso del *ius civile* que en el del *ius gentium* se verifica una determinación positiva de los elementos de equidad y racionalidad presentes en ambos derechos. Y, aunque en algunos casos existieran en el ordenamiento positivo normas concretas que no se fundamentasen en la *ratio naturalis*, ni siquiera en la *aequitas*, sin embargo, tanto la una como la otra, bien de forma directa, cuando son asumidas o, por el contrario, de manera indirecta en cuanto elemento crítico, cuando rechazadas por el derecho positivo, constituyen el verdadero *ius naturale*²⁶.

Para los Romanos, pues, la *ratio*, en cuanto elemento presente tanto en la *lex* como en el *ius*, no se reduce a algo meramente formal sino que remite a un elemento substancial en cuanto que *lex* y *ius* han de tender a producir una auténtica igualdad entre los ciudadanos que, en última instancia, se traduce en justicia. La *ratio* se concreta en la objetivación racional de la norma en referencia necesaria a una realidad concreta de existencia personal y convivencia social. Una ley, por tanto, desprovista de *ratio*, en la que sólo prevaleciera el imperio positivista de la *voluntas* del legislador no sería propiamente *lex* al no comportar en sí misma verdadero *ius* ni, por tanto, verdadera juridicidad. Y ello aun en el caso en que la voluntad del legislador, actuada incluso por medios coactivos, obligara a su cumplimiento. Otro tanto puede decirse de los juristas medievales que continuamente buscan, una veces de forma explícita y otras como marco o telón de fondo de sus reflexiones, la armonización entre *auctoritas* y *ratio* que, en esta época, quizás se debiera calificar mejor de *rationabilitas* que de *ratio*, sobre todo, por la pretensión de conseguir o realizar la *aequitas* a través de la norma y de su aplicación²⁷.

Se trata, pues, de la racionalidad que se presenta como constitutivo necesario del derecho, en cuanto que éste es el único instrumento de carácter personal con dimensión social capaz de mantener e integrar la necesaria relación entre sociedad y poder político del Estado dentro de unos límites con capacidad para impedir la negación y absorción de lo humano-social en el ámbito estrictamente político. Racionalidad, en definitiva, no en el sentido del individualista y solipsista *cogito ergo sum*; sino en el del personal, exis-

²⁶ Cf. D 1, 1, 11; 1, 2, 1; CICERÓN, *De natura deorum* 2, 62, 3; IDEM, *Topica* 2, 9.

²⁷ Cf. CALVO ESPIGA, A., «Sobre el método en el estudio del Derecho Civil: una aproximación a la Historia», *Anuario de Derecho Civil*, LVIII/IV, 2005, pp. 1604-1611.

tencial y abierto radicalmente a una íntima e ineludible relación con todo lo que existe *cogito quia sum*.

Es decir, nos hallamos ante lo que podríamos determinar como *racionalidad crítica*, que necesariamente está implicada y supuesta en toda actitud pluralista, por tratarse de aquella que se ejerce y actúa cuando se vive en la posibilidad personal, social y política de optar por pertenencias libres y, consecuentemente, responsables, resultado de una elección sin predeterminaciones o imposiciones. Por el contrario, las pertenencias personales se convierten en irracionales cuando las relaciones humanas, tanto las personales como las sociales y políticas, entre individuos que puedan sentirse distintos respecto a sus identidades personales y sociales, quedan reducidas primariamente a términos de descomprometida coexistencia, fútil *amistad* o vacuas, por altisonantes, alianzas, sean de pueblos, civilizaciones o culturas; o, incluso, a bienintencionados diálogos entre poderes públicos y grupos religiosos que nunca llegan a plantear la radicalidad de sus diferencias.

La irracionalidad acrítica, actitud que imposibilita el pluralismo, bien como actitud personal ya como hecho o valor social, en las pertenencias sociales suele desvelarse, sutil en apariencia pero patológica en sus consecuencias, cuando ante las opciones y posturas que diversifican y enriquecen el mundo se intenta su uniformidad mediante clasificaciones dominantes o descalificaciones exclusivas y excluyentes, tanto desde la pertenencia religiosa como desde la cultural, étnica, de creencias o de civilización: según convenga, se *unilateraliza* cualquiera de estos factores como el único determinante o causante de los grandes conflictos a que se enfrenta nuestra sociedad. De este modo se criminaliza y excluye al otro, a lo otro, a lo extraño, al tiempo que se desarrollan mecanismos de miedo al distinto en cuanto peligro desconocido y total, consolidando como fundamento de estructuración social la irracionalidad consecuencia irremediable del miedo.

Constituye, por ejemplo, muestra de incongruente irracionalidad la actitud de quienes consideran la pertenencia religiosa como factor o elemento generador de conflictividad social. La irracionalidad acrítica radica, en este caso, en el hecho de que, habitualmente, quienes atribuyen a la pertenencia religiosa este efecto disgregador y negativo respecto a la convivencia social suelen negar, al mismo tiempo y por principio, la dimensión pública de la religión, reduciéndola a los sótanos del más privado individualismo espiritualista y privando simultáneamente a la persona de una de sus más fundamentales relaciones de pertenencia. Por el contrario, la pertenencia personal *racional* y *razonadamente* crítica parte siempre del irrenunciable supuesto o principio de que la sociedad es un espacio abierto a una variada pluralidad de identidades personales, así como del hecho de que todas ellas se entrecruzan hasta la perplejidad de conformar sociedades libres y en activa apertura, en permanente encrucijada, sin el menor atisbo de uniformidad. Aun cuando se intente aparentar lo contrario, la uniformidad social, en lugar de reducir-

las o anularlas, aumenta y profundiza las rupturas y divisiones con que las ideologías y creencias excluyentes amenazan al pluralismo social.

Espero, pues, que la racionalidad y razonabilidad, abiertas a la búsqueda de la verdad y al reconocimiento del error, jalonen los carriles hermenéuticos entre los que discurra mi exposición, siempre en el horizonte metodológico del pluralismo y desde los límites delineados por los derechos humanos: pluralismo y derechos humanos conforman, pues, el entorno y perspectiva principales desde los que se han de valorar las ideas que someto al crítico discernimiento del benévolo lector.

2. ACERCAMIENTO AL ENTORNO HISTÓRICO-JURÍDICO.

Desde una perspectiva jurídica o institucional, las relaciones entre el Estado y las comunidades religiosas como entes institucionales distintos del Estado comienzan propiamente con el nacimiento del Imperio cristiano (s. IV-V). Hasta ese momento, dada la situación jurídica del Cristianismo, los cristianos se sometían sin más, en todos los órdenes de la vida, al poder imperial siempre que las decisiones del emperador o de otras instancias políticas no se opusieran a la voluntad de Dios²⁸. Las primeras comunidades cristianas, pues, aceptaron e incluso utilizaban las fórmulas jurídicas del derecho corporativo romano para determinar y definir su situación jurídica en la sociedad, siempre que la competencia jurídica del Estado o su poder político no se presentara con un grado tal de omnipotencia que llegara a convertirse en una absolutización, incluso religiosa, de la propia estructura imperial.

Con la declaración del Cristianismo como religión oficial del Imperio y la evangelización general de los dominios de Roma surgió un tipo peculiar de sociedad fundada en el entramado de Iglesia e Imperio que, a lo largo de la historia, ha sido denominada con distintos apelativos: cristiandad, régimen de sacralidad, teocrático o hierocrático. Sin embargo, las propias injerencias que surgen como consecuencia de la relación de amistad en que se habían encauzado las relaciones entre la Iglesia y el Imperio darán origen a las primeras discrepancias entre ambas instituciones. El año 356, Osio, obispo de Córdoba, fue requerido por el emperador Constancio II para que emitiera

²⁸ «Ahora bien, esto no significa que desde el mismo momento fundacional-apostólico no se exigiera a los cristianos una vida en correspondencia evangélica y ciudadana con el mundo, sin que ello supusiera en ningún momento por parte de los cristianos un intento reflejo y directo de imposición, revolucionaria o legitimadora, de su concepción cristiana de la vida al ordenamiento jurídico del Estado: se respeta, pues, al Estado y, consecuentemente, se admite en principio su ordenamiento de la vida social» (CALVO ESPIGA, A., *Implicaciones jurídico-canónicas de la relación entre la Iglesia y la Comunidad Política. Sobre el derecho de los pastores de la Iglesia para intervenir magisterialmente en asuntos políticos*, Eset, Vitoria, 1984, p. 20). Puede verse RAHNER, H., *Kirche und Staat im frühen Christentum (Dokumente aus acht Jahrhunderten und ihre Deutung)*, Kösel-Verlag KG, Munich 1961, pp. 19-79.

condena sobre San Atanasio e indirectamente sobre la fe profesada en Nicea. La iniciativa imperial iba dirigida a un asunto que afectaba al meollo mismo de la formulación de la fe. Desde la serenidad de sus cien años, templada en la persecución desatada por Maximiano, abuelo del propio Constancio, y probada en la estrecha colaboración con su padre Constantino, el Grande, Osio, tratándole más como a un hijo que como a un emperador, escribe a Constancio, a partir de la clara proclamación del dualismo cristiano:

«No te inmiscuyas en las cuestiones eclesiásticas, ni pretendas mandarnos en ellas: más bien, debes aprenderlas de nosotros. A Ti Dios te entregó el Imperio y a nosotros lo eclesiástico. Y, así como quien te arrebató el imperio va contra la ordenación divina, así también podrías hacerte reo de un gran crimen si acapararas lo eclesiástico. Porque está escrito: *Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios* (Mt 22, 21). Por consiguiente, ni a nosotros nos está permitido mandar a la tierra, ni tú tienes poder sacerdotal»²⁹.

Discrepancias u oposición que, iniciadas en el mismo siglo del Edicto de Milán, fueron mantenidas y defendidas por los pontífices romanos del siglo V y de forma relevante por el papa San Gelasio (492-496) quien, por vez primera, describe doctrinalmente los términos de esta polémica mediante *la teoría de los dos poderes*, en la que se describen, acotan y comparan las atribuciones de ambas potestades, constituyendo la primera formulación y fundamentación doctrinal del denominado *dualismo cristiano*:

«Dos son, Emperador augusto, los poderes por los que principalmente se gobierna este mundo: la autoridad sagrada de los Pontífices y la potestad real... Ten en cuenta, hijo clementísimo, que aunque presidas al género humano, sin embargo, has de someterte devotamente a quienes administran los asuntos divinos»³⁰.

Polémica que, a lo largo de la Edad Media, viene determinada por la tensión existente entre el intento de convertir a la Iglesia en una parte más, aunque principal, de la estructura del poder político y la resistencia de la Iglesia por conseguir un reconocimiento social efectivo de su independencia, e incluso de superioridad en algunos asuntos, respecto a los príncipes seculares, acudiendo para ello a la conocida imagen de las *dos espadas*.

²⁹ «Ne te rebus misceas ecclesiasticis, neu nobis his de rebus praecepta mandes: sed a nobis potius haec ediscas. Tibi Deus Imperium tradidit, nobis ecclesiastica concedidit. Ac quemadmodum qui tibi Imperium subripit Dei ordinationi repugnat, ita metue ne si ad te ecclesiastica pertrahas magni criminis reus fias. *Reddite*, scriptum est, *quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo* (Mt 22, 21). Neque nobis igitur terrea imperare licet, neque tu imperator adolendi habes potestatem» (PL, t. 8, col. 1329 C).

³⁰ «Duo quippe sunt, imperator auguste, quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacrata Pontificum et regalis potestas... Nosti enim, fili clementissime, quod licet praesideas humano generi dignitate, rerum tamen praesulibus divinarum devotus colla submittis...» (PL 59, col. 42).

Dualismo que, tras las vicisitudes y controversias entre partidarios de las distintas supremacías a lo largo de toda la Edad Media, todavía resonaba con íntima armonía en la dedicatoria de su Catecismo que Bartolomé de Carranza ofrecía a Felipe II:

«En dos partes distribuyó Cristo Nuestro Señor el gobierno del mundo, la una espiritual y la otra temporal, conforme a las partes del hombre, que son ánima y cuerpo. Como entre las partes del hombre hay tanta amistad que, aun después de apartada por la muerte, les queda muy grande apetito de tornarse a juntar, el cual se cumplirá universalmente el día del juicio, así estas dos partes de gobierno, espiritual y temporal, quieren estar tan unidas y conformes que cada una ha de tener cuidado de entrambas, para que el cuerpo y compañía humana esté siempre animada como conviene»³¹.

Con los altibajos que sufrió la compleja relación de fuerzas en torno al mundo eclesial y político de la Edad Media, a las puertas de la Reforma protestante, no se había conseguido armonizar la profunda dicotomía que separaba a partidarios del poder regio de los que defendían la preeminencia del papado sobre el rey. Ciertamente hubo personas y momentos en que, al menos circunstancialmente, se impuso la moderación, si bien no llegó a encontrarse el criterio o modo de actuación que aunase el ejercicio justo y equitativo de las *dos espadas*³². El modelo de Estado que se configura a lo largo del Renacimiento tampoco ayudó mucho en esta tarea, al tender, dada su configuración política y como consecuencia de la maduración del centrífugo proceso nacionalista iniciado en Europa en la Edad Media, a la unificación y concentración de toda la jurisdicción en la persona del monarca³³. Los gobernantes del Renacimiento centralizan en sus personas todos los poderes del Estado, apoyados, sobre todo, en las teorías que defendían que la soberanía del rey no era más que la encarnación de la soberanía del Estado. Si bien, en principio, los gobernantes asumían la independencia y el

³¹ BARTOLOMÉ DE CARRANZA, *Comentarios sobre el Catechismo christiano* (Amberes 1558), editado por J. I. Tellechea Idígoras, vol. I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1972, p. 103.

³² Cf. CLERCQ, Ch. de, «Charlemagne, législateur chrétien», *Revue de Droit Canonique* 2, 1952, pp. 352-485; FERNÁNDEZ CONDE, F. J., «El «agustinismo político» y su importancia en la evolución histórica del Medioevo», *Burgense* 13, 1972, pp. 458-487; GARCÍA VILLOSLADA, R., «La idea de Sacro-Romano Imperio según Suárez», *Razón y Fe* 138, 1948, pp. 285-311; REINA, V., «Los términos de la polémica Sacerdocio-Reino», *Ius Canonicum* 6, 1966, pp. 153-199; ROUSSET, P., «La notion de Chrétienté aux XI^e et XII^e siècles», *Le Moyen Age* 69, 1963, pp. 191-203; STICKLER, A. M., «Il Gladius nel Registro di Gregorio VII», *Studi Gregoriani* 3, 1948, pp. 89-103; IDEM, «Il Gladius negli Atti dei Concili e dei RR Pontefici sino a Graziano e Bernardo di Clairvaux», *Salesianum* 13, 1951, pp. 414-445; LANSEROS, M., «El Derecho y el Estado en San Agustín», *Revista Española de Derecho Canónico* 1, 1946, pp. 521-530.

³³ Cf. CALVO ESPIGA, A., «Sobre el método en el estudio del Derecho Civil...», cit., pp. 1623-1624.

protagonismo social de la Iglesia, poco a poco intentan someter lo eclesial a lo político mediante la integración de la Iglesia en los esquemas jurídico-políticos de los nuevos Estado absolutos, de manera que, en algunos casos, la autoridad política intervenía directamente en cuestiones que afectaban a la propia estructura jurídica fundamental de la Iglesia³⁴. La incidencia que las concepciones políticas renacentistas tuvieron en el cambio de actitud de las monarquías europeas respecto a la Iglesia, se vio, en cierto modo, reforzada por el impacto que en la Iglesia y la sociedad europea tuvieron los postulados eclesiales y políticos de la Reforma protestante.

A partir de este momento, al menos en el ámbito europeo, se asiste a un proceso continuado de absolutización del Estado, proceso que, como es lógico, afecta a las relaciones entre el Estado y el Cristianismo que deja de manifestarse en Europa de forma unitaria. Sin embargo, sería erróneo generalizar el *status* de la Iglesia en los distintos Estados europeos: la situación real de la Iglesia variaba mucho de unos países a otros dependiendo, sobre todo, del grado de anticlericalismo y sectarismo ideológico de las distintas tendencias liberales que llegaron a prevalecer en los distintos Estados. La consolidación de las democracias occidentales durante el siglo XX junto a las nuevas opciones y actitudes doctrinales asumidas por la Iglesia han propiciado un sistema de relación de los poderes públicos con la Iglesia Católica, con las demás Confesiones Religiosas y con el propio fenómeno religioso que, lejos de los viejos esquemas de poder en que se fundamentaron históricamente, se articula a partir del reconocimiento del derecho de libertad religiosa como uno de los quicios del Estado de derecho³⁵.

3. EL ESTADO DE DERECHO COMO LUGAR JURÍDICO.

¿Qué entiendo en esta sede por *Estado de derecho*? Expresión, por otra parte, tan tópica en nuestra sociedad, por lo abundante de su uso, que ha lle-

³⁴ Cf. GIACCHI, O., *Lo Stato laico*, Vita e Pensiero, Milán, 1978, pp. 13-29; ROUCO VARELA, A. M., *Staat und Kirche im Spanien des 16. Jahrhunderts*, Max Hueber, Munich, 1965, pp. 150-188 y 211-219.

³⁵ Cf. ALDEA VAQUERO, Q., «España, el Papado y el Imperio durante la Guerra de los Treinta Años, I. Instrucciones a los embajadores de España en Roma (1631-1643)», *Miscelánea Comillas* 16, 1958, pp. 291-437; IDEM, «España, el Papado y el Imperio durante la Guerra de los Treinta Años, II. Instrucciones a los Nuncios Apostólicos en España (1624-1632)», *Miscelánea Comillas* 16, 1958, pp. 249-330; IDEM, «Iglesia y Estado en la España del siglo XVII (Ideario político-eclesiástico)», *Miscelánea Comillas* 19, 1961, pp. 143-354; ATKINSON, J., *Lutero y el nacimiento del protestantismo*, Alianza, Madrid, 1971, pp. 269-280 y 310; ALONSO NIÑO, S., *El pensamiento regalista de Francisco Salgado de Somoza (1595-1665)*. *Contribución a la historia del regalismo español*, CSIC, Salamanca, 1973, pp. 41-66; COURVOISIER, J., *De la Réforme au Protestantisme*, Beauchesne, Paris, 1977, pp. 23-25 y 87-88; GARCÍA VILLOSLADA, R., *Raíces históricas del luteranismo*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1976, pp. 179-200; GORRICO MORENO, J., «Iglesia y Estado en tiempos de Felipe IV (1621-1665)», *Scriptorium Vic-*

gado a vaciarse de contenido al dar por supuesto que todo el mundo conoce su significado cuando, de hecho y *de derecho*, pocas personas están verdaderamente al tanto del arcano de sus implicaciones y consecuencias.

3.1. El Estado, concepto jurídico-político y realidad social.

Aunque pueda, sin temor a equivocación, afirmarse que en todas las épocas han existido formas estatales de gobierno, en el sentido de sistemas políticos organizados, parece ser mérito de Maquiavelo la fijación de lo que podría considerarse como una primera definición de Estado, en sentido moderno, cuando en la primera frase del capítulo primero del Príncipe (1513) afirma: «*tutti gli stati, tutti e' dominii che hanno avuto e hanno imperio su li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati*».

Con anterioridad, el término *Estado* no comportaba ningún sentido específico en relación con la organización de la gestión pública del gobierno en la sociedad. En Roma, por ejemplo, el término *status* se utilizaba para designar la condición jurídica de pertenencia a una determinada colectividad³⁶, pues para referirse a lo que hoy entendemos por Estado utilizaban los términos *Civitas* o *Res Publica*. Durante la Edad Media, el término Estado se solía aplicar a las ciudades libres, independientes de cualquier poder ajeno a ellas: así se podía hablar, por ejemplo, del Estado de Florencia o de la ciudad de Venecia. A partir del siglo XVI, se ha venido entendiendo por Estado el entramado institucional en el que se da un poder de imperio o dominio sobre las personas que habitan en un determinado territorio.

Partiré en esta exposición de lo que se podría considerar como una definición descriptiva, y en principio lo más aséptica posible, del topos *Estado*, teniendo siempre muy presente que definir es equivalente a limitar. Si bien es cierto que la limitación implicada en toda definición resulta necesaria en orden a fijar los términos de la exposición y las condiciones y características de los argumentos que en ella se vayan a utilizar. Dado, pues, el carácter de este análisis ha de quedar patente que, como sucede en toda definición, también aquí, desde la opción hermenéutica por la que hemos optado, opera desde el inicio una especie de juicio en razón del cual, aun cuando esté abierto a revisión, se pueden proponer hipótesis así como validar tesis. En la medida en que, al definir, se configura esencialmente un dominio, se está simultáneamente expresando el entorno de un conjunto homogéneo de relaciones. La definición, pues, en el sentido en que la asumimos en esta sede, más que agotar el significado de lo definido, muestra o delimita el perímetro en que lo definido se desenvuelve. La definición, pues, y en este caso

toriense 49, 2002, pp. 241-269; ROUCO VARELA, A. M., «Antecedentes históricos de las relaciones actuales entre la Iglesia y la Comunidad Política de España», *Salmanticensis* 21, 1974, pp. 217-234.

³⁶ Cf. CALVO ESPIGA, A., «Para una aproximación al tópico «derechos humanos»», *Lumen* 43, 1994, pp. 90-96.

de forma relevante, es una limitación necesaria, tanto por lo que se refiere al contenido objetivo de lo definido, cuanto por lo que afecta a la forma o método argumentativo que, de algún modo, queda determinado en y por la propia definición³⁷. Lo hasta aquí dicho, propio de toda definición, adquiere, como ya se ha apuntado, pleno sentido cuando se aplica a cualquier intento de definir el Estado de derecho. Entenderemos, pues, por tal *la organización de la vida colectiva de un grupo social complejo y de carácter secundario en un territorio concreto según unos determinados fines para cuya consecución se dispone de la exclusividad del poder coactivo*. A partir de esta definición o descripción, cabría enumerar como fundamentales e insustituibles los siguientes elementos constitutivos del Estado:

a) La existencia de un grupo social establecido sobre un determinado territorio que, por la complejidad de sus relaciones, sobrepasa el marco de las relaciones comunitarias o primarias.

b) La presencia de un conjunto de normas escritas o no, sean de carácter usual o consuetudinario, que regulan y ordenan las instituciones fundamentales, en cuanto que esas instituciones permiten y facilitan al grupo el desarrollo de una vida ordenada y, a su vez, disciplinan y encauzan el ejercicio de los *poderes superiores* de decisión y mando.

c) El ejercicio del poder coactivo, que implica el derecho exclusivo de la institución estatal, frente a los demás miembros del grupo, de recurrir en última instancia a la fuerza para mantener el orden interno de su sociedad y territorio o bien para repeler cualquier intromisión o ataque provenientes del exterior.

d) La exclusividad del Estado en el uso del ejercicio legítimo de la violencia exige y supone que sólo en casos excepcionales, netamente tasados y rigurosa y estrictamente previstos, son autorizados los miembros del grupo a utilizar individualmente la fuerza.

Soberanía e independencia, como ya planteara el propio Aristóteles³⁸, han sido consideradas clásicamente, sobre todo desde la Teoría del Estado

³⁷ «Una de las técnicas esenciales de la argumentación cuasi lógica es la identificación de diversos elementos que son objeto del discurso. Todo uso de conceptos, toda aplicación de una clasificación, todo recurso a la inducción implica una reducción de ciertos elementos a lo que hay en ellos de idéntico o intercambiable; pero sólo calificaremos esta reducción de *cuasi lógica* cuando esta identificación de seres, de acontecimientos o de conceptos no sea considerada del todo arbitraria ni evidente, es decir, cuando dé o pueda dar lugar a una justificación argumentativa...

«El procedimiento más característico de identificación completa consiste en el uso de definiciones. Cuando éstas no formen parte de un sistema formal, incluso aunque pretendiesen identificar el *definiens* con el *definiendum*, las consideraremos casos de argumentación cuasi lógica» (PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, § 50, tr. J. Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989, p. 328).

³⁸ Véase, por ejemplo, Pol. III, 1278b, 8-17 y Pol. IV, 1295b, 1.

de Jean Bodin (1530-1596), como características típicas y necesarias de la especificidad del Estado frente a cualquier otra forma de organismo o agredado social. Se suele considerar la soberanía como el elemento específicamente distintivo del ordenamiento estatal respecto a los de cualquier otra forma de asociación humana. Precisamente el reconocimiento y atribución de soberanía a los Estados nacionales señala el momento en que se rompió el orden medieval. Se considera, pues, soberano a todo poder que no está sujeto ni a la autoridad externa del Imperio y de la Iglesia, ni está obligado a compartir la propia soberanía con otros centros de poder existentes en la misma sociedad, como era, por ejemplo, el caso de las corporaciones medievales³⁹. Nos hallamos, pues, ante la propiedad o característica que tiene el Estado de ser titular de un poder que no deriva de ningún poder superior y que, a su vez, es fuente constitutiva de poderes inferiores. Desde una perspectiva netamente jurídica, el Estado se reconoce como fuente de ordenamientos originarios mientras que los restantes poderes o instituciones, al margen de su relevancia social o política, sólo fundamentarían ordenamientos derivados. Naturalmente relacionada con la soberanía, se suele entender la *independencia* como la capacidad del propio Estado de determinarse autónomamente en sus relaciones con otros Estados en plano de igualdad jurídica.

Desde el siglo XVI la historia de la afirmación de la soberanía ha corrido pareja a la conformación del Estado moderno, epígono de las características apuntadas. Ello, sin embargo, no obsta al hecho de que ya en este mismo siglo se iniciara un proceso que desemboca en el absolutismo del siglo XVIII⁴⁰ y que, a posteriori, originó la crisis del Estado moderno fraguada a principios del siglo XX. Proceso que, de forma eminente, se concreta por una parte en el *distanciamiento que se produce entre Estado y sociedad*, generando una progresiva y sorda separación entre lo que se ha denominado Estado-aparato y Estado-comunidad y, por otra, en la creciente dificultad de hacer efectiva una auténtica y *armónica* separación de poderes, determinada en buena medida por la preeminencia y exagerado protagonismo que, sobre todo a partir de la segunda gran guerra, han asumido los partidos políticos y sus propios intereses partidistas en detrimento de las necesidades y urgencias de los ciudadanos. Crisis que propició la emergencia de una nueva formulación o caracterización jurídico-política a fin de reforzar la dimensión social y democrática del Estado: me refiero a la categoría *Estado de derecho*.

3.2. El Estado de derecho, legitimación jurídica de la estructura estatal.

Al menos en su conformación o formulación inicial, el Estado de derecho se caracterizaba por la atribución a la norma jurídica general, especialmente a las leyes, dadas sus propiedades de generalidad y abstracción, de

³⁹ Cf. CALVO ESPIGA, A., «Sobre el método en el estudio del Derecho Civil...», cit., pp. 1604-1611.

⁴⁰ Cf. MEYER, J., *Le despotisme éclairé*, PUF, Paris, 1991, pp. 5-21 y 92-123.

un protagonismo e incidencia fundamentales en la vida social delimitada y determinada por el ordenamiento. Situación que, desde la perspectiva del ciudadano, legitimaba la comprensión del Estado de derecho como aquel en que *todos son iguales ante la ley* y, sobre todo, en que *la ley es igual para todos*⁴¹. Ello significa que, desde su dimensión o perspectiva institucional, en el Estado de derecho todos los poderes, incluido el legislativo, son determinados, regulados y limitados por el derecho, es decir, están sometidos al imperio de la ley. Dos han sido los principales medios o recursos que se han utilizado para evitar que el legislador transforme su independencia en tiranía promulgando leyes a medida de personas o intereses: la idea ético-política de un límite pre-normativo conformado por los derechos naturales de la persona, frontera que de ningún modo podría traspasar el legislador, dada su radicación en el propio orden natural o en un inicial pacto social en el que se fundamenta y sobre el que se articula el Estado; y, desde el ámbito del derecho positivo, por la presencia de una norma suprema o supra-normativa que vincula al propio legislador ordinario y a todos los demás poderes del Estado: la existencia de una Constitución rígida.

Además de estos límites, los Estados contemporáneos han arbitrado otra serie de medios jurídicos a fin de garantizar institucionalmente no sólo el ideal, sino también, y sobre todo, la concreta efectividad y operatividad del Estado de derecho. Me refiero a la *separación controlada* de los poderes básicos y fundamentales del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial; a la *diferenciación institucional y competencial* de los órganos capacitados para crear leyes de aquellos que únicamente tienen la función de aplicarlas; a la *confianza y respaldo* políticos e institucionales del poder ejecutivo (Gobierno) por parte del legislativo (Parlamento); a la *independencia real* de los jueces, no sólo en lo que se refiere o afecta al momento crucial en que el magistrado se enfrenta en la soledad de su ciencia y conciencia al acto de sentenciar, sino también y sobre todo en lo que afecta a la organización y gobernanza del propio poder judicial, modo eminente de garantizar y proteger aquella primera suprema independencia/libertad del juzgador; al *sometimiento* de las leyes al oportuno juicio de legitimidad por parte de un órgano judicial, ya se asuma como contraste crítico un texto constitucional o bien determinados principios jurídicos fundamentales basados en el derecho natural o consolidados en la propia tradición jurídica; a la *supeditación* de la Administración pública tanto a la ley como a los órganos judiciales, sean ordinarios o especiales, pero siempre independientes; a la *obligación indeclinable* de celebrar elecciones en plazos y tiempos previstos y determinados.

⁴¹ Así lo expresa, por ejemplo, la Constitución Española de 1978 en su Preámbulo: «La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: ... Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular».

Es decir, la aportación más característica del Estado de derecho no estriba en la mera urgencia o proclamación de la separación de poderes, sino en su reforzamiento a través de un armónico, efectivo e independiente control de unos por otros. De otro modo, no sería real el imperio del derecho y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley⁴². El sometimiento de los poderes del Estado al derecho exige, pues, el control institucional de unos poderes por otros, manteniendo, precisamente por ello, una real y exquisita independencia los unos de los otros, pues, en la medida en que directa o indirectamente alguno de ellos estuviera, en la medida que fuera, sometido a otro, o bien dependiera políticamente de él, se habrían introducido en la relación jurídica de los mismos elementos extraños al derecho y a la ley.

Ahora bien, tal y como ha quedado expuesta, la descripción que antecede no sería, sin más, fiel reflejo de la naturaleza y organización del Estado en las democracias contemporáneas a causa, sobre todo, y como consecuencia de la multiplicidad y novedad de las relaciones que se han instaurado entre el Estado, como estructura de poder, y la variada complejidad de las sociedades actuales. Complejidad étnica, ideológica, social, cultural y religiosa que, unida al individualismo y soledad a que los modernos sistemas de comunicación y ocio han reducido las relaciones sociales, hace cada vez más difícil articular, expresar y analizar la necesaria racionalidad interna subyacente a todo sistema político. Ejemplo, entre otros, que ofrece una particular utilidad como muestra típica de la mencionada problemática es la complicada convivencia en las democracias contemporáneas, sobre todo ante determinadas cuestiones, entre los presupuestos del *Estado de derecho* y los contenidos-exigencias del denominado *Estado social*.

⁴² Problema que en sus fundamentos ya había sido planteado en el derecho, la filosofía y la teología desde que San Agustín plantease en *La Ciudad de Dios* (l. 19, c. 15) que si bien Dios había conferido al hombre la soberanía sobre todos los animales, sin embargo no le había otorgado poder alguno sobre los otros seres humanos. Cada alma es *sui iuris*: ni puede perder ni renunciar a su libertad originaria. Jamás, pues, podrá ser absoluto el poder de autoridad política alguna. En consecuencia con la doctrina agustiniana, el poder político aparece siempre vinculado a la ley de la justicia, irrevocable e inviolable en cuanto expresión de la voluntad de legislador supremo. Aunque de los principios del derecho romano se podía concluir, como se hizo por algunos en épocas posteriores, que el soberano no estaba vinculado por ley alguna, en el pensamiento medieval el principio del derecho divino de los reyes estuvo siempre sometido a limitaciones fundamentales. En el pensamiento de teólogos y juristas medievales estuvo siempre vigente el brocardo «*Rex nihil potest nisi quod iure potest*». Hasta el momento no se conoce prueba alguna de que este principio haya sido puesto en duda o seriamente contestado por ningún escritor medieval. Aun aceptando que la autoridad del príncipe deriva directamente de Dios, Sto. Tomás defendía que la obediencia a las autoridades seculares estaba limitada por la ley de la justicia a la que se encontraba sometido el propio monarca (*Summa Theologica*, I^a-II^{ae}, q. 96, a. 5 y II^a-II^{ae}, q. 42, a. 2).

3.3. El Estado social.

Cuestión, por otra parte, que de distintas formas y con diferente intensidad ha estado siempre subyacente en el propio funcionamiento y articulación del Estado de derecho, puesto que sólo en los tribunales y en el restringido ámbito de la doctrina adquirirían su debido protagonismo los derechos individuales, mientras que en la arena político-legislativa el protagonismo siempre recaía sobre sujetos colectivos en su disputa sobre la consecución de unos determinados fines comunes a través de la distribución de un conjunto de bienes generales.

Así pues, el Estado social es una forma o progresión del Estado de derecho que se caracteriza, en principio, por el hecho de atribuir a los sujetos individuales la titularidad de derechos políticos. Como consecuencia de este reconocimiento generalizado de derechos políticos, se abandona la visión individualista de la sociedad y se urge la tutela de derechos distintos que, normalmente, se caracterizan por la dimensión colectiva de su ejercicio. Circunstancia por la que se les denomina *derechos sociales*. En este sentido, se debe tener en cuenta que la forma del Estado social no constituye novedad alguna respecto a la categoría Estado de derecho, aunque sí supone perfeccionamiento y profundización de ésta.

Mientras los derechos fundamentales, que de ninguna manera pueden reducirse a los denominados derechos-libertad, en el sentido de libertad negativa o no constreñida, garantizan la tutela de las libertades civiles (libertad personal, política, económica, etc.) y constituyen una efectiva defensa del individuo frente a la intervención del Estado, *los derechos sociales representan derechos de participación, de forma especial al poder político y a la distribución de la riqueza social, de modo que la forma de Estado se mueve, a partir de estos presupuestos, entre la garantía de las libertades y la visibilidad de la participación*⁴³. En el contexto social general, puede decirse que si los derechos fundamentales son garantía del *status quo*, límite a partir del que se desarrolla y ejercita la libertad, los derechos sociales se encuadran, por el vínculo y necesaria relación que se establecen entre la sociedad y los mecanismos del poder político, en el futuro de las sociedades abiertas y tanto su «formulación» como su satisfacción dependerán del contexto socio-comunitario en que se plantee la efectividad de aquellos.

A partir, pues, de la conceptualización del *Estado social*, cabe proponer una nueva sistematización básica del Estado de derecho atendiendo a la distinta perspectiva o dimensión desde la que éste se puede analizar. Con la asunción de esta nueva dimensión cabe describir el Estado de derecho como:

⁴³ «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (CE, 1.1).

a) *Estructura formal* del sistema jurídico o, lo que es lo mismo, *garantía de las libertades fundamentales* por medio de la producción de leyes generales y abstractas aplicadas por jueces independientes.

b) *Estructura material* del sistema jurídico, en cuanto *protector y garante de la libertad de concurrencia* en cualquier tipo de negocio, concurrencia reconocida y hecha efectiva en el intercambio de sujetos jurídicos, sobre todo en aquellos que por su propia naturaleza tienen una incidencia determinante en el tráfico jurídico-social como, por ejemplo, los de carácter mercantil.

c) *Estructura social* del sistema jurídico, en cuanto que *la cuestión social y las políticas de integración socio-política de las clases trabajadoras* y de las propias situaciones y especificidades personales, cada vez más complejas y diversificadas, que suponen un compromiso especial para la sociedad en que el individuo vive, *han adquirido especial protagonismo en los regímenes democráticos*.

d) *Estructura política* del sistema jurídico, determinada por la *separación y distribución del poder* en sujetos diversos y por el protagonismo de la denominada *sociedad civil* en las estructuras y los órganos de decisión política.

e) *Estructura pluralista* del sistema jurídico, en cuanto respuesta a las comunidades transnacionales y distintas respecto a sus tradiciones, modos de vida y religión, *pero amparadas por un mismo ordenamiento*.

Estado social es, pues, en su origen equivalente a *Estado participado por la sociedad* o, dicho de otro modo, Estado en cuya gestión participa la sociedad mediante cauces jurídicamente determinados y garantizados. Nada tiene que ver con la perversión del mismo operada en alguna «democracias» contemporáneas en las que Estado social ha sido asimilado a Estado paternalista-asistencial. Asimilación en la que se invierte el verdadero sentido y alcance de esta realidad, al convertir en Estado interventor e invasor de la vida personal al Estado que debería de ser controlado por el *ciudadano participante* en la propia actividad del Estado. En esta dinámica, el ciudadano asume cada vez con mayor descompromiso su instalación en el denominado *paradigma de inmunización*: los individuos se someten voluntariamente al aparato estatal, creado precisamente para garantizar su propia individualidad, renunciando simultánea y necesariamente a dimensiones propias de su personalidad, víctimas del miedo al compromiso de la decisión exigido por el ejercicio de la libertad y de lo que, según lo dicho, podríamos denominar como *síndrome de la vacuna*⁴⁴.

⁴⁴ La obsesión por las vacunas que, con cierta periodicidad, invade nuestras sociedades en orden a conseguir inmunidad ante la enfermedad, al margen de la posibilidad real del contagio así como de la gravedad de los efectos secundarios de la propia vacuna, constituye ideal pedagógico de la situación socio-política descrita. Cf. ERSPAMER, F., *Paura di cambiare. Crisi e critica del concetto di cultura*, Donzetti Editore, Roma, 2010, pp. 4-7.

De este modo, en las sociedades contemporáneas se ha desencadenado un curioso proceso mediante el que la protección brindada por el aparato estatal se ha hecho tan obsesiva que de medio para armonizar la vida en sociedad se ha convertido en el único fin de la vida y exigencia sociales del individuo. El individuo, en nuestras sociedades, tiende de tal modo a salvaguardar su individualidad a través incluso de la conversión en derechos de lo que no llegan a ser sino simples intereses que, paradójicamente, llega a perder su propia individualidad en el magma pseudo-protector del Estado⁴⁵.

⁴⁵ Me refiero al proceso mediante el que se ha desplazado el centro/fundamento de los derechos de la persona hacia el individuo: de una concepción personalista de los derechos se ha pasado a una concepción individualista de los mismos. La privacidad personal suplanta a la dignidad de la persona y la no-discriminación del individuo ocupa el lugar de la libertad en una nueva generación de derechos definidos por su carácter absoluto. La concepción antropológica radicalmente individualista, epígono del *homo homini lupus* y fundamento de la visión libertaria de los derechos, que hoy prevalece en muchos de los planteamientos de tribunales y teóricos del derecho y de la ciencia política, desemboca naturalmente en una hipertrofia de normas y de derechos. De este modo, como mantenía recientemente Marta Cartabia, «chi pensa di vivere in un mondo di lupi, in cui ciascuno è preoccupato solo del proprio interesse individuale, avrà bisogno di molti strumenti di difesa dall'altro, formalizzando ogni aspirazione e ogni bisogno in un diritto garantito dal sistema giuridico: come è stato detto, se viviamo in un mondo di lupi, non ci saranno mai abbastanza regole per ammaestrare i lupi. L'assolutizzazione e la moltiplicazione dei diritti, dunque, non sono soltanto due fenomeni casualmente concomitanti, ma sono entrambi espressione di una medesima concezione dell'uomo e del suo vivere sociale.

«L'aspetto problemático de questa concezione è che questa espansione dell'universo dei diritti individuali manca lo scopo che sembra voler perseguire. Se all'origene de tutto il movimento contemporáneo per i diritti umani vi è l'esigenza de construir un mundo più giusto, o almeno contribuir a la construcción de un mundo meno ingiusto, il cui centro sia occupato dalla persona umana e dalla sua dignità, occorre chiedersi se l'espansione del numero dei diritti e la rimozione delle loro limitazioni stia servendo questo obiettivo. Qui sorge il sospetto che i diritti illimitati nel contenuto e nel numero siano esposti a una degenerazione utopistica» (M. Cartabia, «Tempo da lupi per i diritti in Europa», *L'Osservatore Romano*, 10-10-2010, p.4). Dinámica que está haciendo verdad, por una parte, la sentencia de Voltaire «un droit porté trop loin devient une injustice», invirtiendo, de este modo, el sentido profundo y función de los derechos humanos que, de defensa de la persona contra la degeneración y abuso del poder, se han transformado en instrumentos privilegiados de poder; y, por otra, la promoción por parte de los poderes públicos, en nombre de los derechos humanos, de lo que no pasan de ser simples intereses de determinadas personas, colectivos o grupos de presión. Hipertrofia del uso o invocación abusivos del o de los derechos que afecta muy directamente a todas las vertientes del ordenamiento jurídico, como se deduce del siguiente comentario: «Cette maxime, attribuée à Voltaire, illustre en quelques mots une théorie séculaire, dont la destinée est à la fois surprenante et remarquable. Malgré le grand intérêt que représente l'étude du développement historique, doctrinal et jurisprudentiel de cette notion, nous nous contenterons ici de préciser d'une manière laconique que les auteurs s'entendent pour définir l'abus de droit comme «la faute dans l'usage ou l'exercice des droits». La théorie de l'abus de droit conduit à

Es, pues, evidente que la realidad actualmente subyacente al *topos* Estado de derecho es mucho más compleja y sutil que la del Estado que surge de la modernidad, donde los límites y contenidos eran mucho más claros y comunes, al integrarlo todo bajo la categoría de Estado-Nación, en la que quedaban incluidos bajo el mismo signo y razón de identidad nacional lengua, religión, costumbres, tradición y ritos sociales. Hoy, sin embargo, aun admitiendo el principio nacional como constitutivo geográfico-político fundamental del Estado, se ha de asumir que dentro de las fronteras territoriales y jurídicas de las democracias occidentales habitan religiones, nacionalidades, civilizaciones y razas diversas. Situación que exige en el Estado de derecho la *neutralidad ética* del derecho y la política. Entendida o aplicada esta neutralidad no sólo en lo que se refiere al procedimiento democrático de producción jurídica, sino a la sustracción del debate político de todos aquellos asuntos de carácter ético que aun con incidencia socio-política no son susceptibles de una regulación jurídica imparcial: como acontece, por ejemplo, con los contenidos de ciertos modelos educativos. Circunstancia que nos lleva por el camino de la segunda parte del título de esta reflexión y nos aboca a preguntarnos por el pluralismo y dentro del género, más en concreto, por la relación/proporcionalidad del Estado – pluralismo religioso.

4. EL PLURALISMO RELIGIOSO COMO IDENTIDAD DEMOCRÁTICA DEL ESTADO.

Se entiende, al menos en el habla común del español, tal como lo recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por *pluralismo* el «*sistema por el que se acepta o reconoce la pluralidad de doctrinas o métodos en materia política, económica, etc.*».

4.1. Sentido del término pluralismo.

Ahora bien, si reconducimos esta definición a su uso en el ámbito jurídico-constitucional nos encontramos, en principio, con un doble significado del mismo, según hagamos referencia al *pluralismo ideológico* o bien al *pluralismo institucional*.

En el primer caso, pluralismo se opone a totalitarismo o a integrismo, al margen del calificativo u orientación que se les atribuya, e indica la afirmación de la oportunidad e incluso de la obligatoriedad de que las autoridades consientan o favorezcan la expresión o divulgación de una variedad (*pluralidad*) de opiniones, creencias y de concepciones del mundo, diversas entre sí e incluso de aquella o aquellas que sean profesadas por la mayoría de los ciudadanos, incluidas las propias autoridades. Obli-

envisager l'exercice des droits à travers le prisme de principes jugés supérieurs, telle l'équité» (MARTIN, S., «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois», *Les Cahiers de droit*, 34, n° 2, 1993, p. 613).

gación o deber que, al menos en el caso español, les vienen impuestos a los poderes públicos por el propio ordenamiento⁴⁶. *Pluralismo ideológico que ampara o da cobertura a la libertad religiosa, la libertad ideológica, libertad de expresión, etc.*

Por pluralismo se entiende, en el segundo sentido, la afirmación de la necesidad y la obligación de que los poderes públicos no se concentren en un único órgano sino que, por el contrario, aparezcan constitucionalmente distribuidos entre una organización principal (*Estado*) y otras, de carácter social o político, coordinadas con aquella, según la naturaleza y fines de ambas. A su vez, el Estado debe ser plural no sólo en cuanto a su estructura orgánica sino también en lo que afecta a la conformación interna de los distintos órganos que lo constituyen. Propiedad atribuible también a instituciones u organizaciones sociales o políticas correspondientes a las distintas comunidades de las que simultáneamente pueden formar parte los individuos dentro de la sociedad, debido a las diferentes afiliaciones y a los variados lazos que naturalmente se establecen entre los hombres, según sus circunstancias geográficas, históricas o culturales. Pluralismo institucional que legitimaría, por ejemplo, la existencia y exigencia de los denominados *derechos de desarrollo social*, tales como la familia, las confesiones religiosas, las comunidades escolares, etc.

Desde su dimensión operativa o de práctica del pluralismo, nos atrevemos a definirlo como *el conjunto de circunstancias sociales, disposiciones políticas y actitudes personales que conforman y delimitan ámbitos de convivencia en que el poder, sea político, económico, intelectual, educativo, ideológico, etc. está justa y equitativamente distribuido, compartido y reconocido*. Nos hallaríamos ante lo que puede denominarse, en perifrasis más profunda y comprometida que lo que pudiera parecer a primera vista, *democracia como forma de vida*. Se ha de tener siempre muy presente que sólo en una sociedad basada en el pluralismo pueden fundarse legítimamente los límites al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, así como la restricción ordenada de los denominados *derechos sociales*.

Cualquiera, pues, sea la conceptualización del pluralismo que asumamos, es claro que la libertad religiosa, tanto en su radicación personal como desde su proyección social es elemento determinante y contrastante de la autenticidad del Estado social y de derecho, en la medida en que el pluralismo es asumido como uno de los valores superiores del ordenamiento por parte de los regímenes políticos que se constituyen sobre principios democráticos y se conforman en el ámbito de sociedades abiertas.

⁴⁶ «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» (CE, 9.2).

A pesar de la dificultad que en si mismo entraña el intento de definir o delimitar en y desde todas sus perspectivas e implicaciones el *pluralismo*, y manteniéndonos siempre en la perspectiva prevalentemente operativa del término, según acabamos de apuntar, nos interesa señalar de entre toda la compleja red de relaciones en que se articula este concepto, sobre todo en cuanto perspectiva metodológica, el hecho de que los requisitos, condiciones y presupuestos que posibilitan el ejercicio del *pluralismo* se profundizan, maduran y enriquecen con su ejercicio y puesta en práctica. En este sentido, *pluralismo* y requisitos de ejercicio se integran en una dialéctica positiva de crecimiento en espiral: a mayor *pluralismo*, mejores condiciones y posibilidades de un ejercicio que, a su vez, magnifica y facilita los requisitos que acaban haciendo progresivamente más necesaria la existencia del *pluralismo*.

Entendido así, el *pluralismo* enraíza y se consolida en una concepción del hombre basada, desde el convencimiento jurídico-formal y el reconocimiento práctico-material, en la dignidad humana, así como en los atributos, características y exigencias en ella implicados junto con los derechos personales y sociales que de ella derivan. Por tanto, sólo es posible en condiciones, formales y materiales, de *igualdad* y *libertad*, única posibilidad de realización material y formal de la *justicia*⁴⁷, pues sólo cuando se consiga una aceptación tal de la igualdad que nunca la libertad de una persona pueda ser invocada como límite cercenador de la de otras se habrá consolidado la auténtica justicia, irrefutable testigo del verdadero *pluralismo*⁴⁸. No cabe, pues, la menor duda respecto a que preguntarse por la naturaleza, el significado o los contenidos del *pluralismo* equivale a acercarse a una cuestión que afecta a todas las dimensiones del hombre y de la sociedad.

4.2. El pluralismo político, principio y valor del ordenamiento.

Consciente de la variedad de ámbitos y ciencias, desde las positivas hasta la teología, que invocan el pluralismo como referencia crítica de sus contenidos e incluso de sus métodos de trabajo, interesa en esta sede trazar siquiera un breve apunte sobre la dimensión política del principio pluralista, que

⁴⁷ Realización plena de la justicia que sólo se alcanza cuando igualdad y libertad se articulan y armonizan en y desde la perspectiva de la fraternidad, lugar de donde procede y brota la auténtica solidaridad: perspectiva cuyo desarrollo excede los límites de este análisis.

⁴⁸ «En una sociedad pluralista, la libertad personal de los individuos que la componen jamás podrá ser invocada como límite de la libertad de los demás... Así pues, el derecho o el ejercicio de la libertad del otro nunca puede ser límite del ejercicio del propio derecho o libertad; antes al contrario, es condición *sine qua non* que necesariamente debe existir para posibilitar su propia existencia y efectividad práctica, pues, en la medida en que mi derecho roce o lesione el ajeno, se estará negando a si mismo» (CALVO ESPIGA, A., «Paradojas del pluralismo», *Estudios de Deusto* 51/2, 2003, pp. 95-96).

comúnmente se ha dado en denominar *pluralismo político*⁴⁹. En la ciencia política y en la sociología, se ha entendido por *pluralismo* bien la doctrina política opuesta a la teoría monista del Estado⁵⁰, o bien una hermenéutica de análisis y comprensión de las sociedades e instituciones humanas distintas del Estado. El *pluralismo* contemporáneo, sobre todo tal y como se ha desarrollado en Inglaterra y América entre los años 1900 y 1930, surgió como consecuencia de la imposibilidad estructural que atenazó al Estado moderno a la hora de dar respuesta a importantes problemas surgidos de modos de organización social, hasta entonces, desconocidos, así como de las nuevas formas de articulación de los propios Estados. Las transformaciones surgidas en la sociedad civil como consecuencia del aumento de la movilidad de las personas sobre todo debido a la mejora, respecto a siglos anteriores, de los medios de locomoción; el abandono por parte de sus habitantes de zonas pobres en búsqueda de mejoras personales, sociales y económicas; la «conciencia de clase» que surge en las clases trabajadoras junto con la percepción, unas veces, y convencimiento, otras, de que la sociedad es un entramado mucho más complejo que el Estado titular del poder de ordenarla, originó, entre otras causas, una importante crisis en el Estado moderno que, para responder a los retos procedentes de esta nueva sociedad y garantizar su propia subsistencia orgánica, no encontró otra salida que la de asumir como valor y principio de su propia estructura jurídico-institucional el pluralismo y articular, en su consecuencia, su propia organización según este mismo principio.

Es, sobre todo, a partir de los años 1945-1950 cuando se generaliza la utilización de un nuevo calificativo para designar al Estado democrático, el de *pluralista*. En cierto modo, podría decirse, y no sólo ni principalmente por razones cronológicas, que el Estado pluralista no es sino fruto de la coexistencia e influencia conceptual que los contenidos del Estado social han tenido en determinados aspectos del Estado de derecho. Se viene a conside-

⁴⁹ Por lo que respecta al pluralismo en cuanto metodología jurídica y como criterio de comprensión del derecho y explicitación de la ciencia jurídica, puede verse MORET-BAILLY, J., «Ambitions et ambiütés des pluralismes juridiques», *Droits* 35/2, 2002, pp. 105-206.

⁵⁰ Desde esta perspectiva socio-política entendemos por Estado monista aquel en que toda su estructura se basa en la existencia de una verdad oficial única, respecto a la que no se admite disentimiento público alguno, donde no cabe la diversidad ideológica de grupos o asociaciones y, mucho menos, libertad para crearlos. Normalmente son Estados de partido único, así como de sindicatos y corporaciones profesionales únicas, en las situaciones en que se permitan, pues, normalmente, Estado, Gobierno y partido se autodiluyen en un conglomerado de poder que lo abarca todo. Respecto a su relación con el fenómeno religioso, para esta clase de Estado, sólo existen dos alternativas: o prohibición de cualquier organización religiosa, por contrarias e incompatibles con la ideología oficial, o permisión de una única confesión religiosa a la que se suele dotar de carácter oficial o estatal.

rar, pues, Estado pluralista aquel en que el ordenamiento estatal *reconoce y garantiza* la existencia de una multiplicidad de centros y grupos de poder: sociales, religiosos, étnicos, políticos, institucionales y económicos. Se trata, en realidad, de un Estado en que no existe una única fuente de autoridad, ni un sistema unitario de derecho, ni un órgano central de administración, ni una voluntad política general.

Si bien, para algunos, el considerado modelo pluralista conlleva la construcción de una democracia dinámica y la participación del mayor número de sujetos en los procesos de decisión, sin embargo comporta el riesgo de duplicación o multiplicación de funciones y competencias, de conflictos entre los diversos centros de poder e interés, de fragmentación y disgregación de la sociedad, con el riesgo de atomizarse en pequeñas sociedades cerradas, amén de la pérdida del concepto clásico de soberanía estatal así como de las progresivas limitaciones del ejercicio de los derechos de libertad, consecuencia, en buena medida, de la complejidad con que se articulan las relaciones en los nuevos Estados plural-transnacionales⁵¹. Llevado, pues, el pluralismo a esos niveles, el Estado resultante más que de plural o pluralista habría de ser calificado de multiétnico, multi-religioso, multi-partidocrático, multi-social, etc., con la consiguiente quiebra de principios fundamentales del Estado de derecho tales como la igualdad, la libertad, la justicia, la participación en la gestión y control de lo público. Quiebra que conduce al dominio y prevalencia del Estado-aparato sobre el Estado social, con la consiguiente y necesaria disminución y fuerte control por parte del poder político del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. La atomización de la sociedad como consecuencia de la multiplicidad derivada de características o circunstancias secundarias de la persona a través de multi-Estados genera, a fin de cuentas, unas sociedades cerradas, fuertemente estratificadas y, finalmente, discriminadoras en las que los derechos acaban dependiendo no del ser personal sino del accidente del lugar de nacimiento o residencia, del color de la piel, de la pertenencia familiar o del uso de tal o cual idioma.

La teoría del Estado soberano, elaborada principalmente por juristas y que como hemos señalado al principio corresponde al denominado *Estado moderno*, provocaba graves dificultades desde el punto de vista político, sobre todo, en la medida en que *soberanía* se confundía con omnipotencia, en tantos casos absolutista, del Estado. El desacreditado Estado soberano fue el principal objetivo crítico de las teorías y doctrinas pluralistas que, desplazando su interés y punto de mira del Estado a la sociedad y grupos sociales, reivindicaron derechos y protagonismo social para colectivos profesionales

⁵¹ Cf. CERRINA FERONI, G., «Le forme di Stato», en CARROZZA, P., DI GIOVINE A. y FERRARI, G. F., *Diritto costituzionale comparato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010², pp. 697-703.

y asociaciones, en oposición y como reivindicación del protagonismo de la sociedad frente al Estado.

Tampoco ha sido ajeno a esta consolidación de la práctica democrática el progresivo reconocimiento de los derechos del hombre que, en cierto modo, ha *despolitizado*, en su sentido más estricto, el concepto de democracia para convertirlo en telón de fondo o marco en que delinear o tipificar las relaciones humanas, asumiendo como fundamento basilar de las mismas el respeto a la igual dignidad de todos los hombres y a sus ideas, aun cuando no se compartan: éste precisamente sería el punto de inflexión en que se entrecruzan *tolerancia* y *pluralismo*. Bien entendido que este proceso se ha percibido y vivido con distinta intensidad y profundidad según la sensibilidad democrática de las correspondientes comunidades políticas. Cuanto más abiertas son las sociedades con más fuerza se ha experimentado la *despolitización* de la democracia, puesto que ésta ha pasado de ser considerada como un valor o actitud política a ser vivida como un valor-principio social. Por el contrario, en aquellas sociedades cerradas que se han configurado como formalmente democráticas sin que ello haya calado en los hábitos sociales de ciudadanos y dirigentes, la democracia ha experimentado el proceso inverso de una politización cada vez más fuerte, llegando la dimensión política de la sociedad a fagocitar y excluir la democracia que, de este modo, acaba convirtiéndose en mera coartada legitimadora de la fuerza e incluso impunidad partidistas. Sociedades que, como hemos señalado anteriormente, aunque amparadas en la nota pluralista, responden realmente a colectivos cerrados en sus peculiares particularismos impermeables, además, a toda intercomunicación e inter-socialización con aquellos grupos de características étnicas, lingüísticas o religiosas distintas.

Finalmente, debemos notar como el ideal democrático, que en un primer momento aparece como conquista de la libertad política, evoluciona, en razón de una necesaria dinámica interna, hacia la defensa y promoción de cualquier libertad, sobre todo de la de pensamiento; por lo que, con toda lógica, junto al ideal democrático necesariamente debía afirmarse la legitimidad, incluso la necesidad, del pluralismo. Precisamente de esa dimensión pluralista extrae su razón de ser el ideal democrático en cuanto proceso concurrente y competitivo para hacer llegar al poder una verdad o una ideología: la misma fuerza que legitima y garantiza la lucha entre las ideas no sólo ha de impedir cualquier ataque contra las personas, sino garantizar el inalienable derecho del ser humano a tener, defender y exponer sus propias ideas en el marco de la libre concurrencia de pareceres y convicciones.

4.3. Pluralismo y ejercicio de las creencias religiosas: paradoja y compromiso.

Pero, en el título que encabeza esta exposición se habla de *pluralismo religioso*. Al plantear la relación entre Estado de derecho y pluralismo religioso, estamos asumiendo inicialmente el significado de este segundo elemento

del enunciado en un sentido sociológico fruto o consecuencia de la confluencia del pluralismo ideológico y del pluralismo institucional. Me refiero al hecho de la presencia en la sociedad de distintas Iglesias o Confesiones religiosas, como expresión del ejercicio del derecho de libertad religiosa de las personas que la integran y que simultáneamente son ciudadanos miembros, desde una perspectiva jurídico-política, del Estado. De nuevo nos hallamos ante una dinámica de encuentro entre el hecho social del pluralismo religioso y la exigencia jurídica del pluralismo del y en el Estado respecto al hecho religioso en cuanto concreción del ejercicio individual y colectivo de un derecho fundamental.

Ahora bien, al referirme en esta sede al pluralismo religioso no lo planteo como una cuestión meramente sociológica o de hecho constatable a través de la plural y variada convivencia o coexistencia de distintas confesiones religiosas en un mismo lugar o territorio, sino que nuestro intento se dirige a reflexionar sobre este fenómeno desde la perspectiva del Estado pluralista. Es decir, la cuestión que, sobre todo, interesa poner de relieve es como el pluralismo religioso existente en una sociedad determinada no es un hecho o circunstancia ajenos al Estado de derecho, sino que, por el contrario, su respeto, garantía y protección son exigencia que brota de la misma esencia y presupuestos del Estado de derecho. O, dicho en forma negativa, la falta de respeto y protección por el Estado del pluralismo religioso constituye indicio indiscutible de que el mismo carecería de una de las notas o propiedades que lo caracterizan como verdadero Estado de derecho.

Sólo en las sociedades abiertas, tal y como han sido teorizadas a partir del occidental dualismo cristiano, a excepción quizás del caso japonés único país en que se ha consolidado un sistema de gobierno democrático de corte occidental impuesto *por la fuerza*, puede hablarse de pluralismo religioso, porque no en vano sociedad abierta se corresponde necesariamente con sociedad plural. Ello significa, por tanto, que el pluralismo ha de concebirse primaria y necesariamente como un valor personal y social, no como una ideología al servicio de determinados intereses. Pluralismo que engloba, en cuanto que la supera positivamente, a la *tolerancia* y, en consecuencia, no cabe hablar de pluralismo donde exista el mínimo rastro de dogmatismo ideológico, arracionalidad fideista o fanatismo religioso, tanto en su proyección positiva como en la que *fanáticamente* niega toda posibilidad a la dimensión religiosa de la persona. El pluralismo, en las sociedades abiertas y democráticas, requiere que las Confesiones religiosas gocen de libertad en el ejercicio público de sus manifestaciones, así como que estén institucional y estructuralmente separadas del Estado *pero, sobre todo, requiere que la sociedad civil sea verdaderamente autónoma respecto al Estado*. Sólo a partir de esta autonomía, la sociedad civil será verdaderamente independiente del Estado y éste actuará siempre al servicio de aquella, con lo que el propio Estado asumirá el respeto y protección del pluralismo religioso como uno de los servicios esenciales que debe prestar a la sociedad.

Tanto el Estado que se convierte en brazo secular de una Iglesia o Confesión concretas como *el Estado que politiza o ideologiza en una determinada dirección a la sociedad suponen idéntica amenaza para el pluralismo*. Sin embargo, antes de seguir adelante, hemos de insistir en que lo expuesto hasta el momento responde a una cosmovisión dualista-cristiana tal y como se ha consolidado en Occidente: el Islam, por ejemplo, la rechaza categóricamente, a pesar de algunas débiles excepciones⁵²; y lo mismo, aunque quizás no con tanta nitidez y resonancia social, acontece en determinadas regiones musulmanas de África y Asia, como se advierte en las recientes matanzas y persecuciones de cristianos en distintos lugares de estos continentes⁵³. De nuevo rebrota aquí bajo el signo, en este caso, de la comprensión efectiva del derecho de libertad religiosa el importante problema presente, como ya hemos señalado, en el debate contemporáneo sobre el derecho y los derechos de la persona y que tiene una gran incidencia en el asunto que aquí nos ocupa: me refiero a la cuestión de la universalidad de los derechos humanos, que no se ha de confundir con su absolutización individualista⁵⁴.

⁵² Cf. CAMPANINI, M., *Il pensiero islamico contemporaneo*, Il Mulino, Bolonia, 2005, pp. 35-72; COLOMBO, V., *Islam. Istruzioni per l'uso*, Arnoldo Mondadori, s/l, 2009, passim; EADEM, *Vietato in nome di Allah. Libri e intellettuali messi al bando nel mondo islamico*, Lindau, Turín, 2010, passim.

⁵³ A la grave situación de persecución hasta el martirio a que se hallan sometidos los cristianos, y de forma especial los católicos, en distintas regiones de África y Asia, recuérdense las matanzas de cristianos acaecidas la pasada Navidad 2010-2011 en distintas naciones de estos continentes, se ha añadir la cristianofobia que progresivamente adquiere más fuerte virulencia en las «democracias» europeas, tanto por lo que respecta a las cada vez mayores dificultades con que los cristianos se encuentran a la hora de profesar públicamente su fe como al desinterés que Estados e instituciones nacionales y supranacionales europeas muestran ante las persecuciones sufridas por los cristianos. Quienes en nombre de las libertades y derechos humanos denuncian y condenan actitudes o comportamientos de poderes públicos lesivos para ciertos «derechos» (¿?) de los individuos permanecen silenciosos e indolentes ante verdaderas masacres de cristianos. Los mismos que hipócritamente se rasgan sus carísimas vestiduras ante, por ejemplo, el Reglamento de un centro docente que no permite a sus alumnos la presencia en la aula con la cabeza cubierta, cuando esta norma afecta a alumnas que conociendo previamente estas disposiciones y habiéndolas observado habitualmente, deciden un buen día cubrirse *por motivos religiosos*, han guardado sorprendente silencio ante condenas a muerte de mujeres por el simple hecho de ser cristianas y callan ante las decenas de cristianos martirizados cada año a causa de su fe.

⁵⁴ A medida, como hemos notado anteriormente, que determinados intereses individuales sostenidos y promocionados por ciertos grupos *se cuellan* en nuestro ordenamientos, a través de cierta jurisprudencia, nunca mejor que ahora calificada de *jurisprudencia de intereses* aunque la suscriban tribunales de vitola internacional, con el marchamo de *derechos*, se menguan hasta la asfixia los espacios propios para el ejercicio del derecho de libertad religiosa, hasta la consumación de una, a veces, cruel paradoja antidemo-

Abordaré la última parte de esta exposición desde la paradoja que representa para el Estado de derecho el pluralismo religioso y que tiene que ver, por una parte, con la dimensión esencialmente personal y de conciencia del derecho de libertad religiosa; y, por otra, con la manifestación social y pública de este derecho que, con frecuencia, plantea al Estado la necesidad de establecer determinadas relaciones *institucionalizadas* con distintos grupos confesionales o religiosos.

Aun cuando sea cierto que en casos extremos y en determinados momentos o circunstancias, por desgracia cada vez más frecuentes, sólo puedan ser invocados como horizonte de denuncia, cabe recordar que constituye un tópico comúnmente aceptado que la persona y sus derechos se han convertido en contraste básico y recurrente de autenticidad para el Estado de derecho. Más, todo ordenamiento que aspire a una legitimidad social y jurídica plena en el escenario de la sociedad internacional deberá garantizar espacios jurídicos suficientes para que sus ciudadanos ejerzan el derecho fundamental más íntimo de la persona, y por ello más lábil: la libertad religiosa. Libertad ideológica, libertad religiosa y libertad de conciencia conforman en los Estados de derecho una trilogía de garantía jurídica presente en toda referencia a los derechos humanos, cualquiera que sea el ámbito jurídico desde el que se realice. Los ordenamientos estatales se encuentran, pues, ante la novedad y necesidad de crear espacios normativos en que se regule y proteja el ejercicio de las libertades referidas, en cuanto que constituyen o determinan uno de los más importantes derechos fundamentales de los ciudadanos. En efecto, se trata, sin duda alguna, del que más profundamente compromete a la persona y, por contraste, el que con menos medios de protección y defensa cuenta tanto desde su propia conformación jurídica y concreción personal como desde los contenidos dogmáticos o desde los idearios de las distintas confesiones religiosas⁵⁵.

Precisamente debido a la desnuda fragilidad socio-jurídica del derecho de libertad religiosa, la creación de entornos jurídicos que faciliten y ayuden, cada vez más y mejor, el desarrollo de la persona y de sus potencialidades, a través de la garantía legal del pluralismo, la libertad ideológica, religiosa, etc., constituye actualmente una de las piezas-clave de asentamiento y garantía de todo sistema democrático. Es indudable que tanto mayor y mejor será el margen de ejercicio de la libertad cuanto mayor y mejor armonía entre orden social y conciencia/libertad personal

crática, pues sólo acaba respetándose con la contundencia que acompaña al miedo en los cobardes el ejercicio sin restricciones de aquellas religiones dispuestas a utilizar la violencia para imponer su credo o para hacer desaparecer los ajenos.

⁵⁵ ¿O se hace necesario recordar la frase de aquel *célebre* dictador soviético de «dónde están los cañones de la Iglesia»? ¿o la de aquel otro *demócrata* español que definía a la Iglesia Católica como *tigre de papel*?

consiga la legislación en todos aquellos asuntos en que norma estatal y conciencia se entrecruzan⁵⁶.

Así pues, el reconocimiento de las libertades más íntimas de la persona exige del Estado de derecho la progresiva integración de la norma jurídica en la esfera de la actividad social directamente relacionada con y derivada de la íntima conciencia del ser humano, instancia última de su ser personal, que incluye de forma eminente su dimensión religiosa. Deber y responsabilidad que derivan no sólo de la aceptación del valor *derechos humanos* como principio informador del propio Estado y de su ordenamiento, sino también del hecho de que el Estado de derecho ha de estar siempre al servicio de la persona y supeditado a la protección, promoción y salvaguarda de la sociedad que institucionalmente le precede y supera.

En cuanto democrático e inserto en una sociedad plural, abierta, adulta y libre, donde prima el criterio de la justa igualdad de todos ante la ley, el Estado de derecho, además, no debe ir más allá de ser árbitro y garante, nunca orientador ideológico, de libertad y pluralismo. La exquisita neutralidad que se exige a todo árbitro y moderador es la que debe observar, en todos los órdenes, el Estado en las sociedades abiertas y democráticas que, simultáneamente, determinan y conforman al Estado de derecho. Árbitro y moderador, ni contendiente ideológico, ni orientador, ni promotor o controlador determinante de criterios o valores sociales⁵⁷.

⁵⁶ Cf. CALVO ESPIGA, A., «La libertad religiosa en las sociedades democráticas», *Lumen* 57, 2008, pp. 281-312.

⁵⁷ Si todavía no hace muchos años se habló, desde distintas perspectivas, de la superación de las ideologías, nos encontramos en la actualidad con un peligroso renacer del *ideologismo* político y social. Me refiero a la excesiva polarización, avalada y promocionada por y desde los poderes políticos, cuando se absolutizan ciertas regiones o aspectos limitados de nuestro mundo experimental. Rahner denominaba a esta clase de absolutización *ideología de la inmanencia*. En sentido contrario, nos encontraríamos con la *ideología de la transmanencia* que exalta lo por ella concebido como definitivo o infinito hasta tal extremo que aquello que no entra en ese grado de superioridad queda totalmente anulado, personas incluidas, aun en lo que pudieran poseer de valor relativo. Por último, en la *ideología de la trascendencia*, profundamente relativista, no se valora positivamente ni lo immanente ni lo trascendente, sino que constituye una especie de comprometida y buscada evasión ante todo lo que pudiera significar o implicar cualquier compromiso de signo claramente definido. Las ideologías dominantes hoy en la sociedad asumen el denominador común de la *confusión ideológica* propiciada por la tensión derivada del rechazo, por alienante, de la admisión de valores absolutos frente a la así denominada autenticidad del simple vivir de impresiones y apetencias sin referencia a orden o jerarquía alguna. Confusión que favorece y hasta legitima el protagonismo de unas estructuras políticas cada vez más lejanas de la persona y, en consecuencia, más condicionantes, controladoras y, en definitiva, manipuladoras de su vida y derechos. Cf., al respecto, COSTE, R., «Marxisme et Théologie», *Nouvelle Revue Théologique* 106, 1974, pp. 918-933; ELLUL, J., *L'Espérance oubliée*, Gallimard, Paris, 1973, pp. 57-58; GIL ORTEGA, U., «Superación de las ideologías», *Lumen* 32, 1983, pp. 53-56; LAUTH, R., «Ideología

Neutralidad, protección, fomento y respeto del pluralismo son, en reiterada doctrina del Tribunal Supremo Español, principios que no sólo no deben ser sobrepasados en ningún momento y circunstancia por los poderes públicos, sino que han de ser asumidos como lo que realmente son y significan, principios informadores y determinantes de la actuación del Estado:

«Ello es consecuencia del pluralismo, consagrado como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y del deber de neutralidad ideológica del Estado, que prohíbe a éste incurrir en cualquier forma de proselitismo... En una sociedad democrática, no debe ser la Administración... quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas. Estas pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil... y por supuesto al de las conciencias individuales...»⁵⁸.

5. A MODO DE COLOFÓN CONCLUSIVO.

Al final de esta exposición cabe, en primer lugar, insistir en que la presencia social de las opciones religiosas no debe ser ignorada por el ordenamiento del Estado o considerada como un asunto menor o intrascendente desde su dimensión jurídica. Antes al contrario, en el ámbito de la ciencia sociológica, jurídica y política se ha de suscitar y mantener una reflexión seria y contrastada tanto sobre el fenómeno religioso como sobre el hecho de la pertenencia religiosa personal, con las exigencias sociales de ella derivadas, puesto que, en nuestras sociedades contemporáneas, todo lo relacionado con la religión y su vivencia personal constituye un excelente punto de contraste para comprobar cómo y hasta qué punto la racionalidad o razonabilidad condicionan y determinan, por una parte, la virtualidad personalizada de la pertenencia social y, por otra, la autenticidad del Estado de derecho.

Las relaciones sociales que el derecho y, consecuentemente, los aparatos estatales, tanto en su dimensión jurídica como política, mantienen y han mantenido con las Confesiones religiosas sirven perfectamente de indicio pedagógico para delimitar con mayor precisión y urgir que cualquier pertenencia personal, sea religiosa, social o ideológica, ha de ser racional y crítica frente a la cada vez más acusada tendencia, sobre todo en las adscripciones políticas, hacia el predominio de lo socio-afectivo e irracional. La misma crítica racionalidad exigible al Estado de derecho en su actitud de neutralidad ante lo religioso, al margen y por encima de cualquier tentación intervencionista, así como en su deber de promoción y protección del ejercicio del derecho de libertad religiosa como uno de los más básicos y fundamentales de los que son titulares sus ciudadanos (CE, art. 9, 2).

y Ciencia», *Atlántida* 3, 1965, pp. 371-372; RAHNER, K., «Ideología y Cristianismo», *Concilium* 6, 1965, pp. 42-62.

⁵⁸ STS de 11 de febrero de 2009, FJ 10.

Y ante la plural variedad de credos con los que se encuentra actualmente el Estado democrático, quizás sea útil acudir a la historia del Cristianismo como pedagogía social y jurídica de la actitud que las autoridades estatales debieran asumir ante el fenómeno religioso. La sociedad en que nació y se difundió el Cristianismo, tanto en su vertiente oriental como occidental, estaba regida y ordenada por un sistema jurídico muy elaborado y totalmente marginal a la nueva fe, el derecho romano. Los predicadores del Evangelio jamás presentaron su fe como un conjunto de normas, reglas o prescripciones con la pretensión de ‘sustituir a’ o ‘anular’ ningún sistema jurídico o cuerpo legal vigente en la sociedad de su tiempo. Situación que claramente contrasta con la doctrina mosaica o con la predicación de Mahoma, dirigidas a grupos humanos socialmente invertebrados donde el derecho como fenómeno social articulado era prácticamente inexistente. Por ello, el Pentatéuco y el Corán no son considerados únicamente como libros religiosos, sino también como recopilaciones o colecciones de reglas de derecho y de normas puramente temporales, aunque de exclusivo origen divino, y reguladoras de aspectos estrictamente socio-temporales y políticos de la actividad personal. La pertenencia evangélica al orientarse primaria y directamente a una dimensión personal y comunitaria distinta, por principio, de aquella en que se desenvuelven las instituciones exclusiva e inmediatamente jurídicas, posibilita, facilita y urge la observación ‘racional’, sin atisbo de imposición ‘extra’ o ‘metaracional’ alguna, de sus distintas pertenencias, incluida la religiosa, pues la auténtica conversión al Evangelio se fundamenta y es necesariamente consecuencia de la libertad humana, es decir, de la más razonada actividad de la persona. Por su propia esencia, el cristianismo exige y se funda en pertenencias críticas, conscientes, racionales, personalizadas, como único medio efectivamente válido de situar a la persona y su dignidad por encima de cualquier pertenencia social derivada y secundaria, en razón de su radical trascendencia, que para la fe cristiana procede de la inhabitación personal del Espíritu Santo⁵⁹.

Y difícilmente, por lo que respecta al pluralismo religioso, podría sintetizarse mejor la actitud que los Estados democráticos han de observar ante el derecho de libertad religiosa y su ejercicio que como reiteradamente lo ha propuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien no sólo considera la libertad religiosa como «uno de los cimientos de la sociedad democrática», sino que reitera de forma indubitada que «la libertad religiosa, siendo elemento esencial de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, es también, y sobre todo, un bien preciado para ateos, agnósticos,

⁵⁹ Cf. MALAURIE, Ph., «Le droit et l'exigence de dignité», *Études*, n. 398/5, 2003, pp. 622-627.

escépticos e indiferentes, consecuencia necesaria del pluralismo consustancial con una sociedad democrática»⁶⁰.

En consonancia, pues, con la propia naturaleza del Estado respetuoso de los derechos humanos, éste, aún cuando se presente como idealmente laico y neutralmente agnóstico, no debe presentarse ni ser considerado como una especie de enemigo público imbuido del prejuicio de exclusión de lo sacro de su horizonte de actuación; pues, de comportarse así, el Estado de derecho habría abdicado de uno de sus más netos e inmediatos orígenes políticos y jurídicos, el de la equidistancia ideológica, moral y religiosa del Estado neutral ante la autonomía de la sociedad y de sus ciudadanos, evitando la tentación totalitaria de transformar la ideología en moral pública. La aceptación social de la pluralidad religiosa por parte del Estado, su consiguiente neutralidad o su *laicidad abierta* respecto a las Confesiones religiosas, así como el respeto a sus doctrinas y estructura interna constituyen una exigencia jurídica, y no una mera conveniencia estratégica, de la propia naturaleza y función del Estado democrático que se configura como social, plural y de derecho, en el que los derechos humanos y la centralidad de la persona constituyen el marco y razón de ser del propio Estado. La garantía y protección del pluralismo religioso se erige, sin duda alguna, en inequívoca seña de identidad del Estado de derecho.

TITLE: Rule of law and religious pluralism.

RESUMEN: El fenómeno de la secularización coincide en nuestras sociedades occidentales con una presencia pública cada vez más fuerte del fenómeno religioso. La dimensión social del ejercicio del derecho de libertad religiosa en sociedades cada vez más plurales constituye un verdadero test de autenticidad para las democracias contemporáneas y para sus ordenamientos jurídicos. La protección y promoción del pluralismo religioso por parte de los poderes públicos es uno de los principales retos a que han de enfrentarse los ordenamientos de nuestros Estados, considerados democráticos y de derecho, en cuanto garantes de la libertad y la igualdad de sus ciudadanos, así como de la justicia de sus relaciones.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Dignidad humana, Libertad religiosa, Ordenamientos democráticos, Poderes públicos.

ABSTRACT: The phenomenon of secularization in Western societies coincides with a growing public presence of intense religious phenomenon. The social dimension of the right of religious freedom in increasingly pluralistic societies is a true test of authenticity in contemporary democracies and their legal systems. The protection and promotion of religious pluralism by public authorities is one of the main challenges to the laws

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1999, *Buscarini y otros contra San Marino*. Doctrina reiterada en la *Leyla Çahin contra Turquía*, de 10 de noviembre de 2007.

of our democratic states. States whose legal systems are presented as guarantors of freedom and equality of its citizens and the justice of their relations.

KEY WORDS: Human rights, Human dignity, Religious freedom, Democratic systems, Public powers.

Recibido: 21.05.2012

Aceptado: 18.10.2012

APUNTES PARA UNA RELECTURA HETERODOXA DE LA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA

Eloy García López
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO. 1. La persistencia histórica de la contrarrevolución española de 1939 y los factores que en 1975 forzaban al cambio. 1.1. El franquismo como refundación revolucionaria de la modernidad en España. 1.2. La Revolución portuguesa de 25 de abril de 1974: el anti-ejemplo que se proyectó en la transición política española. 1.3. El significado de la crisis del petróleo como fin de un ciclo y su incidencia en la situación española de 1975. 2. Los actores políticos de la transición: continuidad y cambio en la España de los setenta. 2.1. Las debilidades del régimen y las fortalezas de la oposición. 2.2. El mito de Europa y el franquismo como anacronía histórica. 2.3. La Transición como resultado. Acerca de un proceso sin modelo o de cuando los hechos se imponen a las previsiones del derecho. El Poder Constituyente Evolutivo.

1. LA PERSISTENCIA HISTÓRICA DE LA CONTRARREVOLUCIÓN ESPAÑOLA DE 1939 Y LOS FACTORES QUE EN 1975 FORZABAN AL CAMBIO.

1.1. El franquismo como refundación revolucionaria de la modernidad en España.

El 20 de noviembre de 1975 los españoles se encontraban sumidos en una muy difícil coyuntura. El hombre que encarnaba en su persona la organización política surgida de la guerra civil, acababa de fallecer en la cama tras una dilatada y horrenda agonía. A partir de aquella extinción física se abría una enorme incógnita sobre la capacidad de supervivencia del régimen, e incluso respecto de las posibilidades de futuro de la propia España como comunidad política. Y es que el dictador, más allá del político que había gobernado solitariamente el país con puño de hierro por treinta y seis largos años, era en realidad el constructor –o, mejor cabría decir, el reconstructor– del Estado de la modernidad en España, entendiendo por tal la forma de idear y organizar la Política que había emergido con la revolución francesa. Afirmar esto, implica sentar como premisa la tesis de que España habría conocido dos sucesivos momentos de ruptura histórica en los que irrumpiría la Modernidad política: el desencadenado por la invasión francesa en 1808, y el que estallaría el 18 de Julio de 1936 como respuesta contrarrevolucionaria a la revolución social que sucedería a la Revolución política de abril de 1931.

De aceptarse la anterior hipótesis, junto con la fragilidad de la institucionalización estatal y lo precario de la paz y estabilidad social que ello sig-

nificaba, se debiera concluir además, que nuestro país ofrecía en 1975 una singularidad de tipo credencial y ambiental de excepcional calado. Cuando estaba a punto de iniciarse el *tempus* de la postmodernidad, España era la nación del continente europeo que poseía la conciencia histórica más fresca y más trágicamente viva del terrible desgarramiento interno que trajo consigo el triunfo de la cultura política moderna —en los estrictos términos en que manejan semejante categorización Baker, Furet y Ozouf en su magnífico *The French Revolution and the creation of Modern Political Culture*¹. Nos encontraríamos ante un hecho capital que repercutiría de manera tangible en la marcha de los acontecimientos que irían a producirse después, en la medida en que las heridas que tan profunda quiebra deja grabadas en una sociedad —tanto de tipo material como de índole moral—, afectan no sólo a su situación de presente, sino que también condicionan la definición de las expectativas de futuro que fraguan en el imaginario colectivo, y su efectivo desarrollo.

En este sentido, conviene recordar que tras 1808, cuando la ruina de la Corona hizo evidente la inviabilidad de los proyectos que aspiraban a restablecer en España —y por supuesto en América²— un Estado fundado en la figura del

¹ BAKER, K. M., FURET, F., LUCAS, C., OZOUF, M., *The French Revolution and the creation of Modern Political Culture*, Pergamon, Oxford, 1989-1994 (IV volúmenes). Se trata de un libro de referencia fundamental al objeto de entender la idea de «modernidad» que aquí se emplea. La «Modernidad» es el resultado de la asunción del principio que la vida social y el conjunto de productos que en ella se generan son una creación humana. Es el hombre quien crea su mundo por sus propios hechos y si, así lo desea desde la nada, desde el vacío. Hobbes es el autor que mejor y más tempranamente formula este planteamiento. Supone, entre otras cosas, una opción distinta a la que en el siglo anterior había adoptado autores como Maquiavelo frente al problema de la vida política. La novedad en política puede ser radical, pero ¿es posible que el hombre crear *ex novo* prescindiendo de su medio ambiente? ¿Es aceptable en política la novedad absoluta como fundamento del orden colectivo? Para Maquiavelo no. La vida social crea realidades en las que los hombres se ven obligados a desenvolverse, los problemas del presente deben ser afrontados desde lo que conocemos, desde las experiencias de los antiguos. Lo nuevo radical no existe, y si existe es una excepción que pocas ocasiones se presenta y que en principio no interesa al florentino que centra sus esfuerzos en regenerar la política de su ciudad. ¿Cómo hacer para que una ciudad corrupta recupere su vitalidad y su fuerza de existencia colectiva? Frente a estas tesis, Hobbes defiende el hecho nuevo, la novedad radical con el pasado. Su gran ambición será construir una nueva ciencia de la Política que rompa con los Antiguos. Es el inicio de la Modernidad en el terreno del pensamiento que políticamente se corresponderá con el proceso Revolucionario Inglés del XVII. Modernidad política significa pues, creación por el hombre de la Ciudad. Fundación del Estado desde la libre voluntad humana. Algo que aunque comprende la posibilidad de la idea democrática no se reduce exclusivamente a ello. Modernidad política no significa que esa política sea democrática, aunque no lo excluye. Y es que cabe perfectamente un Estado y una sociedad no democráticas creadas por el hombre, es decir Modernas, y Hobbes nos da el primer ejemplo de ello. En suma, Modernidad política no es lo mismo que democracia.

² La crisis que desencadena la invasión francesa en América responde a unas circuns-

monarca como único centro de gravedad político, en nuestro país se abriría un largo periodo de crisis organizativa, salpicado por continuas turbulencias políticas, económicas y sociales que se prolongaría hasta el instante en que la modernidad logró finalmente imponerse en forma de un régimen estable a partir de 1874³. El sistema canovista vendría a ser así, una suerte de versión hispánica de aquello que Arnold Mayer, en un libro de enorme resonancia, llamaría *La persistencia del Antiguo Régimen*⁴. Afirmación que no significa compartir el mensaje de fondo que ese título sugiere, ya que en la España del último cuarto del siglo XIX –ni tampoco en otras naciones cercanas de Europa– no se produjo en ningún caso el retorno a un pasado semi-feudal.

A pesar de su condición pactada y ciertamente no democrática, a sus insuficiencias, y a sus abominables lacras y manifiestas miserias, la Restauración obtuvo un éxito colosal en la tarea de institucionalizar la política y de poner en marcha un orden social relativamente estructurado, capaz de deparar a la atribulada España uno de las contadas etapas de paz, intensidad cultural, crecimiento económico, y –a nuestros efectos, tal vez, lo más importante– de cambio en la continuidad que llegaría a conocer en doscientos años, y que justifican por sí sólo la conveniencia de proceder a una reconsideración del juicio adverso que sobre ese régimen mantiene parte de nuestra historiografía. Ello no obstante, el sistema que había instaurado la modernidad política en España, acabaría sucumbiendo víctima de la doble presión a que

tancias comunes con la que se produce en España, que se concretan en un hecho central básico, la desaparición de la Corona– Los acontecimientos de 1808 arrancan de cuajo la institución que mantenía y vertebraba la existencia de una «monarquía compuesta hispánica», integrada por realidades humanas, geográficas y culturales muy diferentes e incluso en conflicto. El concepto de «disincronía» construido y aplicado por la profesora Graciela Soriano a América Latina, es fundamental para entender lo que significaba el monarca como poder integrador y mediador en el continente. Destruído el gozne que unía todo no había recambio, y la antigua América española entró rápidamente en un terrible conflicto y en una etapa de inestabilidad que sólo superarían algunas naciones escogidas en el último tercio del XIX. En ese conflicto se barajaron todas las posibilidades, incluso la restauración monárquica (Ecuador y México), o la reintegración a España (Santo Domingo). Esta situación que entremezclaría Independencia y Modernidad, llamaría la atención a una inteligencia tan privilegiada como Tocqueville, y su comprensión es la única forma de entender lo que sucedió y todavía sucede en los antiguos territorios de la Corona española en América. La comparación con el distinto modelo de evolución de Brasil, donde la Corona permaneció todavía más de medio siglo, es altamente ilustrativa y ayuda además, a explicar muchas de las singularidades actuales de este país con relación al resto de la América del Sur.

³ Es sintomático que las naciones de América que consiguen estabilizarse tras el largo periodo de crisis que sucederá a la Independencia, caso de Colombia, Argentina, México, Perú, lo hagan aproximadamente en torno a las mismas fechas en que se establece en España el régimen canovista.

⁴ MAYER, A. J., *La Persistencia del Antiguo Régimen*, Alianza, Madrid, 1984.

lo someterían, de una parte, las tensiones derivadas de la brutal explotación del proletariado aliadas a las crecientes demanda de reformas democráticas—con las que, sin ser lo mismo, habitualmente se confundirían⁵—, y, de otro, el incansante descrédito que sobre las elites y poderes del recién construido Estado, fluía a chorros desde la malhadada aventura neo colonial en África: la despiadada y absurda guerra de Marruecos⁶.

No hace al caso detenerse ahora en considerar si la dictadura de Primo de Rivera fue o no un intento de resolver de forma heterodoxa pero intramuros del régimen, es decir desde una lógica parcialmente continuista con el sistema, los urgentes desafíos que la desfalleciente restauración se había demostrado incapaz de afrontar ya en 1917. Lo cierto es que su estruendoso fracaso condenó irremisiblemente al rey, y abocó al país a la Revolución política de 14 de abril de 1931⁷, y con ella, a la revolución social intermitente que durante los años republicanos sacudiría a la sociedad española. Como explica Guglielmo Ferrero en su libro *Poder*⁸, la incapacidad de la República para

⁵ Hasta hace muy poco la historia de Europa parecía haberse olvidado de la tradición republicana que era tratada casi como un supuesto más de la importante tradición socialista. Sin embargo las ideas de República y socialismo son muy diferentes. Como están poniendo de manifiesto los trabajos que empiezan a estudiar la formación del discurso republicano en la Francia de la III^a República, la Europa de el último cuarto del siglo XIX asistió al desarrollo de una tradición de pensamiento que forjada en la lucha contra la Iglesia, articuló un concepto de ciudadanía sobre el que se edificó un modelo de participación activa en la vida política que sería la base de la concepción europea de la Democracia. ES cierto que las ideas republicanas abrieron el camino al socialismo, pero su mensaje político era otro nítidamente diferenciado del socialista-

⁶ La aventura africanista española de principios del siglo XX sería de una trascendencia fundamental para el devenir histórico de la nación. A corto plazo iba a suponer un caldo de cultivo enorme para las críticas que aludiendo a las malas condiciones de las tropas allí destacadas y a los sufrimientos de las clases populares que nutrían de reclutas al ejército, se quejaban amargamente de las injusticias del régimen canovista y ponían de manifiesto las debilidades e insuficiencias de sus instituciones en un país siempre escaso de recursos. En este sentido novelas como *Blocao* o *Imán* de Ramón J. Sender, en realidad narraciones periodísticas de los hechos, produjeron un efecto demoledor en la opinión. Pero además y a largo plazo aquel ejército profesional destacado en África, acostumbrado a las batallas largas y de desgaste, que no sentía piedad por los vencidos, sería el vencedor de la Guerra Civil. No se ha prestado demasiada atención a lo que pudo significar este hecho, y a sus repercusiones tanto en la marcha general y en la propia concepción de la guerra civil en cuanto proceso de aniquilación del adversario, como en la forma de entender la posterior reconstrucción del país partiendo de cero.

⁷ El término Revolución era empleado de manera expresa por los protagonistas del 14 de abril y en los relatos contemporáneos de 1931 se recoge habitualmente.

⁸ Ferrero en *Poder* define expresamente a la II^a República como un ejemplo de cuasi legitimidad. Es de señalar que existió un punto de contacto personal entre Ferrero y Azaña. Azaña visitaría a Ferrero en Suiza, cuando el ex presidente se encontraba ya exiliado, y el autor italiano escribió su última obra.

generalizar la aceptación de su cuasi legitimidad revolucionaria, culminaría en una cruel guerra civil— «la más incivil de todas las guerras» en palabras de Unamuno— de casi tres años de duración, que posibilitaría y, a la postre, explicaría que el vencedor de la contienda fratricida pudiese obrar a voluntad en la reconstrucción de lo que la tragedia había arrasado antes a sangre y fuego. Aquí reside, en buena medida, el quid de lo que vino más tarde.

Nada tiene de extraño pues, tal y como afirma Nicolás Ramiro en su celebrado «delantal», que «para los profesores de formación antebélica, pero reincorporados a la actividad universitaria, la guerra civil española [fu]era menos un acontecimiento político que un cataclismo geológico, según el tenor literal del sentido etimológico original del *kataklysmos* griego (inundación; diluvio)»⁹. La referencia es aguda e invita a extraer dos reflexiones paralelas. Primera, que los desastres de la guerra y la ulterior demolición de lo que anteriormente existía emprendida de manera minuciosa y sistemática por Francisco Franco, habrían permitido reconstruir la sociedad española sobre unos cimientos autoritarios que si bien fueron asumidos de manera silencioso en la dura postguerra, en 1975 subsistían gracias a una camisa de fuerza y no a la pacífica estabilidad que brota de manera espontánea de la legitimidad; la paz social del régimen carecía del requisito ineludible que podía hacerla definitiva: operar en circunstancias de normalidad, lo que, en los tiempos que corrían, equivalía a decir en condiciones democráticas. Segundo, la vida y la política española posterior a 1939, iban a ser reconstruidas o si se prefiere replantadas, desde raíces nuevas, esto es, sobre fundamentos que no tenían substancialmente puntos de continuidad genealógica con los supuestos vigentes antes de la guerra civil, ni en la sociedad ni en la política, ni en el Estado ni en las creencias, ni en la izquierda ni en la derecha. Y esto terminaría resultando determinante, entre otras cosas, para entender qué movería a los protagonistas del proceso de transición política a actuar desde la realidad de los hechos y no desde una memoria de la que no eran herederos y, en consecuencia, a la que no se sentían vinculados.

Quienes hayan ojeado las narraciones que evocan la vida de postguerra —lo que desde una perspectiva universitaria y académica consiguen de manera conmovedora las memorias de Carlos Castilla del Pino¹⁰—, pueden advertir las dimensiones de la brecha que separaba a la España de 1936 de la España de 1975. Se trata de algo que entendió muy bien uno de los más clarividentes exiliados que se habían visto forzados a dejar España en 1939, Max Aub. Sus corrosivos dietarios de recuerdos, convertidos más tarde en la elocuente *Gallina ciega*, son el amargo testimonio de quien constata un dato para muchos desolador: en 1969 la España de Franco no conocía solución

⁹ RAMIRO RICO, N., «Breves apuntes críticos para un programa moderadamente heterodoxo de 'derecho político' y de su muy azorante enseñanza», en *El animal ladino y otros estudios políticos*, Alianza, Madrid, 1974, p. 106.

¹⁰ CASTILLA DEL PINO, C., *Préterito Imperfecto. Autobiografía*, Tusquets, Barcelona, 1997.

de continuidad histórica con la España anterior al conflicto. Aquella España no existía ya en tierra española. La mayoría de sus partidarios habían muerto o abandonado el país, vencidos tras la derrota militar de la República. Y los que conservaron la vida habían capitulado psíquica y moralmente, víctimas de la implacable depuración (palabra de moda en la época) que dirigía un militar africanista fogueado en la batalla, dispuesto a llevar hasta las últimas consecuencias el principio señalado por Clausewitz como finalidad y propósito último de la guerra: derrotar al enemigo y eliminar para siempre su capacidad de resistencia, aniquilando hasta el menor atisbo de deseo de retomar las armas. Y, poco más o menos, lo mismo sucedía en los demás ámbitos, porque en la España que desfilaba ante los ojos de Aub, todo había sido creado de nuevo.

En esto estribaba –y es el razonamiento que inspira este trabajo– un supuesto característico fundamental que impulsará el proceso de reconstrucción social y política iniciado en España tras la contienda. Como el Leviathan de Hobbes, el Estado Español había partido de cero en 1939, había nacido de una sociedad reducida a cenizas por la espada hasta un estadio o punto primario u original que carecía de precedentes y en el que los hombres anhelaban como único derecho la paz. Franco era el protagonista de una *recasting* –en el sentido de Maier– artificial de la sociedad y de los españoles de enormes consecuencias. Primero, arrasando a conciencia todo lo que venía de atrás y muy especialmente el legado republicano y laico que siguiendo la tradición de la III República Francesa, introdujeran durante la Restauración los intelectuales, y que en el siglo XX terminará siendo el fundamento de la democracia política en las sociedades europeas. Después, inyectando valores y objetivos no necesariamente consonantes con las ideas conservadoras de la preguerra: despolitización radical, dominio de la iglesia en ciertos ámbitos privados pero no clericalismo, armonía de clases y defensa de la *mass media*, búsqueda individual de la prosperidad, insolidaridad en la riqueza, exaltación del ideario nacional, meritocracia jerarquizada, bienestar, consumo ... que vendría acompañados de la refundación del aparato de un Estado trazado a cartabón y escuadra por la áspera mano de un militar braga-do que supo mezclar astutamente en provecho propio, dosis de autoritarismo con juridicidad, derecho civil y administrativo con la ilimitada exaltación de su autoridad. Pero, es sabido que la sociedad hobbesiana reposa en el miedo, camina en la legalidad por miedo, se encuentra impulsada por el terror reverencial que le produce el miedo a la guerra; y por eso el punto débil de aquél sistema era un miedo que consciente o inconscientemente respiraban contagiados todos los españoles. El mismo miedo que surge cuando el Genio invisible de la legitimidad huye de la Ciudad.

En suma, la situación de la España de 1975 se asemejaba enormemente a la que describiera Benjamín Constant con ocasión de la polémica que en 1795 mantuvo con Adrien de Lezy-Marnesia a propósito de cómo poner fin a la Revolución en Francia. Al igual que el sistema thermidoriano, el régimen

nacido de la guerra civil respondía al calificativo de revolución en la medida en que en España, a partir de la contienda se había construido una realidad social radicalmente nueva que chocaba y se oponía de manera abrupta a la situación históricamente precedente¹¹. La obra de aquellos –habría que llamarlos anti o contrarrevolucionarios– que en 1939 habían derrotado por las armas a los revolucionarios de 1931-36, era ahora un *fait accompli*: un hecho de la realidad social, un dato incuestionable que únicamente podía ser removido mediante otro movimiento de igual tipo pero de signo opuesto; una nueva revolución sólo que esta vez inversa. Pero una contrarrevolución que pretendiera operara en la España de 1975 como revolución contra el orden social franquista, resultaba sencillamente impensable: la solidez de la estabilidad sociológica a la que los españoles habían llegado, parecía incommovible, y exclusivamente un proceso de destrucción revolucionaria impulsado desde otro universo, hubiera podido destruirla; nadie en España –ni los partidarios ni la inmensa mayoría de los escasos detractores activos de Franco– estaba dispuesto a renunciar al estatus social que en aquél momento había alcanzado. Se acababa de producir una inversión decisiva en la prueba de la gobernabilidad, el régimen era estable en tanto en cuanto demostraba ser una realidad de hecho, pero amenazaba con dejar de serlo a la más leve señal de pánico, porque el miedo de sus defensores y enemigos podía arrojar sobre él una tacha infamante que resultaba fácil de inflamar: la temible presunción de ilegitimidad. Si alguien flaqueaba al miedo, si cualquiera se dejaba vencer por el temor, el miedo se propagaría, y la presunción social de la que habla Edmund Burke como fuente en la arquitectura civil, se vendría abajo como un azucarillo. Sólo a eso temían los partidarios del régimen. En ello cifraban las mejores esperanzas sus más acendrados adversarios.

Como demuestra el fracasado intento de Tusell por relatar la historia de la lucha no comunista contra la dictadura¹², en el régimen franquista, o mejor dicho en su contra en el interior de España, sólo existían fragmentos de oposición, jirones de un pasado que se resistía a ser enterrado integrado por dispersos núcleos de viejos cedistas, aristócratas monárquicos o neodemócratas, un mundo de espectros que pertenecía a otra España. Algo muy similar a lo que sucedía en el exilio, dónde las viejas organizaciones republicanas y socialistas sobrevivían esperando el *dies ad quem*. Pero se trataba de un puñado de conspiradores a los que el paso de los años había convertido, políticamente hablando, en excéntricos, y que de facto obtendrán en las urnas resultados irrelevantes cuando falleciera el dictador¹³. Había, sin

¹¹ CONSTANT, B., *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*. Folleto publicado en abril 1796

¹² TUSELL GÓMEZ, J., *La oposición democrática al franquismo 1939-62*, Planeta, Barcelona, 1977.

¹³ Un ejemplo puede resultar elocuente, Gil Robles elegido simultáneamente en tres circunscripciones en febrero de 1936, no conseguiría en 1977 escaño por Salamanca,

embargo, bien es cierto, un grupo creciente aunque no demasiado numeroso, de jóvenes nacidos en la postguerra, procedentes de las clases medias y en muchos casos hijos de los vencedores, que agrupados en torno a alguna prestigiosa figura disidente procedente del régimen o de círculos culturales universitarios, mantenían un cierto grado de oposición cuya intensidad oscilaba en función de sus disponibilidades y de los cambiantes intereses represores de la dictadura. Pero también ellos, por duro que resulte reconocerlo, eran en hijos del régimen, al menos en el sentido sociológico de la expresión, en la medida en que se habían formado en España, estaban impregnados de la cultura que rechazaban y participaban de muchos de los valores sociológicos que no intelectuales ni políticos del franquismo. La única oposición ideológica que levantaba la bandera de un mundo alternativo, la portaban los comunistas, que eran una fuerza sólida aunque escasamente efectiva y sin posibilidad real de invertir las cosas, que paradójicamente servían al régimen de elemento de disuasión de una población que, como recordaban constantemente piezas literarias del estilo *Murió hace quince años*, seguía viendo en ellos la viva imagen del terror revolucionario¹⁴.

Del otro lado, los franquistas se encontraban cómodamente atrincherados en las instituciones del Estado, de las que las fuerzas armadas que habían obtenido la victoria, eran parte siempre activa. Por lo demás, en un régimen que partía de la premisa de la despolitización de la vida pública, no existía entre las diferentes familias o clientelas del sistema, sentimiento de premura de la necesidad de organizarse ideológicamente para defender lo que de manera sobrada protegía la estructura política del Estado. Al margen de un corto número de exaltados y de las habituales conspiraciones de salón, Franco y la realidad por él creada, eran para todos, el más sólido valladar y la mejor garante del régimen. Sólo que todo dependía demasiado de la persona del dictador, era el tributo obligado a la desconfianza innata de un hombre que nunca creyó en nadie, salvo en sí mismo. El talón de Aquiles de aquél régimen consistía, por consiguiente, en que difícilmente habría podido perpetuarse más allá de la vida física de su instaurador, y a su muerte las opciones posibles era hipotéticamente dos: la ruptura revolucionaria exigida por los que defendían la República, o la continuidad con ligeros cambios institucionales pseudo-democráticos deseada por los defensores del franquismo.

La solución al complicado enredo la iba a intuir en fecha temprana Luis García San Miguel, en un libro –redactado primero en forma de artículo¹⁵–

provincia rural dónde mantenía amigos y que había sido su feudo personal durante los años de la República.

¹⁴ Obra escrita por José Antonio Jiménez Arnau en 1952, llevada al cine por Rafael Gil en 1953 con actores como Rafael Rivelles, Francisco Rabal, María Dolores Pradera que representa perfectamente la mentalidad anticomunista que se mantuvo durante toda la dictadura y no solo en los primeros años del franquismo.

¹⁵ GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Teoría de la Transición*, Ciudad Argentina, Madrid, 1981.

que resultaría profético: sólo un acuerdo, un gran pacto nacional que elevara a la condición de realidad política lo que ya era un contrato social imperante y admitido por todos, podía hallar la salida. La sociedad persistiría, las instituciones deberían cambiar para adaptarse y abrirse a todos, dando cabida a aquellos españoles que siendo contemporáneos sociológicos y vitales del franquismo no eran sus compatriotas políticos. Había que elevar lo sociológico a la categoría de lo político, y para ello, era preciso remover innumerable cantidad de obstáculos, credenciales, generacionales, institucionales, internacionales... Pero quien lo intentase podría contar con un aliado fundamental en el interior de la Ciudad, la sociedad española había cambiado tanto que incluso empezaba a superar el umbral de la modernidad para adentrarse en lo que, por aquellos años, los intelectuales marxistas franceses desencantados empezaban a denominar postmodernidad. Y en una sociedad postmoderna, la política sigue al hecho social, no lo precede ni lo condiciona. Aquí estaba la gran baza.

Nuca estuvo demasiado claro lo que Franco pretendió legar a la posteridad. Es posible que creyera de manera sincera que a su muerte los mecanismos que habían diseñado los tecnócratas del *Opus Dei*, conseguirían funcionar en un gobierno semi autoritario en el que nadie tendría demasiado poder, ni capacidad de maniobra política suficiente, como para desatar lo que él buscó siempre dejar atado y bien atado. Es sabido que no fue eso lo que sucedió. El cambio vino desde el interior del régimen en imprevisible alianza con aquellos que estando políticamente fuera se encontraban sociológicamente dentro de sus muros, ya que lo que en verdad sobrevivió a la vida del dictador terminó siendo la sociedad que él había creado. Ese era el factor clave de su herencia, la auténtica fuerza oculta de su régimen: aquella realidad social en la que vivía España que como en la Francia posthermidiana, condenaba de antemano al fracaso cualquier intento de acabar con el régimen que no discurriera por una vía revolucionaria. Poner fin a la sociedad construida y modelada por Franco con brazo cuartelero, iba a requerir ni más ni menos que una revolución, como la que había conocido Portugal año y medio antes. Y la inmensa mayoría de la sociedad española no sólo no quería la Revolución, antes bien, la temía cuál peste¹⁶.

1.2. La Revolución portuguesa de 25 de abril de 1974: el anti-ejemplo que se proyectó en la transición política española.

El 25 de abril de 1974 estalló en Portugal la última Revolución, en el específico y restringido sentido que el concepto adquiere para el vocabulario

Se trata de un libro donde recoge y reelabora todos los artículos y materiales dedicados anteriormente al estudio de esta cuestión.

¹⁶ Lo explican tanto MORODO, R., *La Transición Política*, Tecnos, Madrid, 1984, como más recientemente ALZAGA VILLAAMIL, O., *Del Consenso Constituyente al conflicto Permanente*, Trotta, Madrid 2011. Las reflexiones expuestas por este último apuntan las tesis

político de la modernidad: un doble e interrelacionado proceso de destrucción inicial y subsiguiente reconstrucción (en la jerga de Bacon, *pars destruens* y *pars costruens*) de la sociedad y la política. Con ella se ponía fin al ciclo de la Modernidad y se iniciaba la era de la Postmodernidad, lo que a los efectos que aquí se persiguen resulta extraordinariamente trascendente porque, entre otras razones de peso, la Revolución y sus proyectos de construir una Ciudad nueva a través de la acción del Poder Constituyente son supuestos indisociables de la idea de Modernidad¹⁷, en tanto que las Transiciones responden a la lógica del mundo postmoderno dónde no se reconoce al hombre ni a la Constitución capacidad alguna para levantar *ex novo* la Política, sino que sólo se admite la posibilidad de conectar y organizar la sociedad en una red dentro de la cuál ocupan su propio espacio una suma de sistemas auto céntricos y auto sostenidos que se perciben como auto creados. Es así pues, que tras el 25 de abril, llegaría el tiempo de las Transiciones Políticas de las que la española iba a ser la primera y la que servirá de modelo en América Latina y en el Este de Europa, a título de experiencia real y empíricamente contrastable de cómo rearticular una Ciudad sin necesidad de anular, ni arruinar hasta los cimientos, la comunidad política precedente.

Pero dejando a un lado la cuestión del significado que encierran las categorías y conceptos político-constitucionales de la modernidad, por el momento interesa recalcar únicamente que la Revolución Portuguesa, además de un elemento diferenciador con España (nación a la que en el fondo le unía casi todo lo natural u originario y le separaba todo lo adquirido o artificial) se tradujo en un tremendo revulsivo que condicionaría de manera implacable la marcha de los acontecimientos de nuestro país, cuando a nadie se le ocultaba ya que los días de vida del dictador se encontraban contados. Y ello de un modo tal, que cabe afirmar que sin Revolución en Portugal es probable que nunca hubiera existido Transición Política en España, al menos en la forma en que terminó presentándose. Dicho de otra forma, y tomando como parámetro de referencia al Maquiavelo de *la Historia de Florencia*, Portugal fue a España en 1974, el anti-ejemplo —es decir, el ejemplo a *sensu contrario* o inverso— de lo que había que no hacer una vez hubiera muerto Franco, porque mientras viviera estaba claro que nada se movería en España. Y esta convicción condicionó muchas conductas, no sólo en Madrid y en Lisboa, sino en las principales capitales de un mundo que se encontraba sumido en un conflicto bélico no declarado que era llamado la Guerra Fría. Ahora bien, en tanto que se trata de una lectura que no coincide con las interpretaciones

de un trabajo que va más allá de lo allí escrito y que merecen poner atención en el futuro a quien fue uno de los primeros y más sagaces comentaristas de nuestra naciente Constitución. Recuérdese al efecto el muy sugerente *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, Foro, Madrid, 1978.

¹⁷ GARCÍA LÓPEZ, E., *El Poder Constituyente Evolutivo en la Crisis de la Modernidad Política*, Universidad Javeriana, Bogotá 2011.

que sobre la salida del franquismo defendieron en su día una larga serie de autores que va desde Poulantzas a Huntington¹⁸, parece obligado desarrollar sus afirmaciones.

Al respecto, conviene insistir en que la Revolución Portuguesa sorprendió a propios y extraños, y cogió completamente desprevenidos a los gobernantes de las dos grandes naciones que por aquellas fechas se repartían el mundo. En realidad, la revolución del 25 de abril por inusitada y acrónica, era un hecho insólito que llegaba al final del tiempo de la modernidad política, cuando la quietud de la Guerra Fría parecía haber hecho impensable ya ese tipo de acontecimientos. Su explicación de fondo tiene mucho que ver con uno de los fenómenos más dramáticos que el siglo XX deja sin resolver a la posteridad y cuya responsabilidad corresponde –sino completamente sí al menos en buena medida– a la enorme miopía estratégica que de siempre ha caracterizado la política exterior de los Estados Unidos: la descolonización. Si antes hemos dicho que sin Revolución de los claveles muy probablemente no hubiera existido Transición en España, ahora podemos repetir que de no mediar el caótico proceso de descolonización occidental, en Portugal nunca se hubiera producido una Revolución.

Afirmado en su identidad nacional desde mediados del XVII, como una realidad política independiente situada en el costado oeste de la península Ibérica, el reino de Portugal se convirtió desde 1640 en una comunidad estatal consolidada capaz de esquivar la ruptura de la monarquía compuesta que para la península significó la modernidad¹⁹ construyendo un segundo Imperio colonial en África a lo largo del siglo XIX, gracias a la protección inglesa. Inglaterra, alma tutelar histórica de Portugal, apoyó la expansión colonial de Portugal en el continente negro que concluyó en el Tratado de Berlín de 1885. El resultado fue que el débil Estado portugués pudo contar en el siglo XX con algunas ricas colonias en África desde las que procuró reproducir, en fechas un tanto tardías, el modelo de relaciones característico

¹⁸ POULANTZAS, N., *La Crise des Dictatures. Portugal. Grèce, Espagne*, Maspero, Paris, 1975, HUNTINGTON, S., *La tercera Ola, la democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona 1998. De lo expuesto se debe deducir que las tesis aquí defendidas apuntan no sólo a entender la Transición española como una reacción al contrario a la Revolución Portuguesa, si no también a ver en ellos dos procesos que responden a lógicas y olas diferentes y hasta opuestas, el Portugués propio de la Modernidad y del siglo XX, el Español hijo de la Postmodernidad e inserto en el siglo XXI. Nada que ver pues, con Poulantzas o Huntington que además se sitúan en extremos opuestos del espectro ideológico.

¹⁹ Monarquía compuesta es el término que se emplea para describir los grandes Estados creados por los príncipes a partir del siglo XVI, de los cuales el más representativo era sin duda la monarquía Hispánica. En este sentido y sin bien es cierto que los Borbones introdujeron considerables dosis de centralismo e instauraron un Estado más unificado, en el siglo XVIII, lo cierto es que España en el momento de la crisis revolucionaria de 1808 era todavía más una monarquía de territorios plurales integrada entorno a la Corona, que un Estado absoluto como el francés anterior a 1789.

de este tipo de imperios: una metrópoli que encuentra en lejanas tierras pobladas de indígenas los mercados desde los que satisfacer su autosuficiencia económica. El atraso de Portugal en comparación con otras potencias coloniales Europeas, explica también el retardo en el proceso político-bélico de independencia, y la incapacidad de la sociedad portuguesa para afrontar las terribles cargas que implicaba una guerra semejante, no se diferenció en mucho de la que demostrarían Francia, Holanda, Bélgica, o en diferente medida Gran Bretaña, una década o dos antes.

El resultado es bien conocido: el desmoronamiento de la unanimidad social en torno a un régimen Salazarista que tras la muerte por consunción de la monarquía, había conseguido imponerse políticamente en el país como efecto directo del ruralismo y conservadurismo que, todavía a principios del siglo XX, caracterizaba a una sociedad portuguesa incapaz de asumir la modernidad por vía evolutiva. La desaparición de Salazar no varió en nada las cosas; su sucesor, Marcelo Caetano, un personaje irresoluto, era por temperamento el perfecto rehén de la situación. El país se encontraba bloqueado, y fue entonces cuando, ante la sorpresa de todos, el olvidado Portugal salió a las calles eufórico en apoyo de unos militares que convencidos de la ilegitimidad de su causa volvían los tanques contra una dictadura que los tenía por custodios últimos de su poder²⁰. La primavera revolucionaria que desde Lisboa amenazaba con barrer las dictaduras que tras la Guerra Mundial habían quedado del lado Occidental del Muro, era la prueba más evidente de la enorme lucidez que destila aquella aseveración de John Pocock que dice ver en la Política el ámbito dónde antes y de manera más insospechada y rápida consigue imponerse el hecho nuevo, el dominio en el que más temprano triunfa el cambio. La innovación en política –nos dice *el Momento Maquiavélico*– sorprende siempre a la mayoría de los hombres que se demuestran incapaces de imaginar hasta dónde pueden llegar las transformaciones subterráneas y profundas de la realidad; por eso, la novedad política representa para el gobernante el riesgo y la oportunidad; si acierta a anticipar su rumbo, triunfará, pero si es incapaz de predecir sus pasos, se verá arrastrado por la riada de piedras y escombros que inopinadamente desata la Historia .

En este caso la novedad consistía en que, de repente, una nación miembro de la NATO, del Pacto militar anticomunista, contaba en su gobierno con ministros comunistas. Cuando la estabilidad –governabilidad que diríamos hoy– parecía haber congelado la marcha de la historia de las naciones occidentales en pos de un progreso ilimitado basado en el consumo y en la democracia, Portugal recordaba a millones de europeos que la alternativa revolucionaria y socialista era mucho más que una quimera dormida en el sue-

²⁰ A diferencia de lo que sucediera en España, en Portugal el Salazarismo que estaba respaldado por el ejército, no contó nunca con la adhesión unánime de la totalidad de las fuerzas armadas. Siempre hubo disidentes en el ejército portugués que se opusieron activamente a la dictadura.

ño de los justos para la clase obrera continental. Y todo ello se producía en el instante en que, por un lado, se encontraban todavía calientes los rescoldos de una protesta del 68 que había significado un jaque para las anquilosadas burocracias de los sindicatos y partidos obreros europeos, y por otro –como veremos un poco más tarde– se empezaban a manifestar las terribles consecuencias que para las economías del mundo libre iba a suponer el choque provocado por la Guerra del Yom Kipur.

Los Estados Unidos que por aquellos años asistían a un importante quiebra interna de tipo moral (Watergate), político-social y obviamente económica, con toda seguridad una de las más críticas después de la guerra civil, contemplaron empavorecidos la Revolución Portuguesa. A los todavía no superados problemas que en la década precedente había supuesto la rebelión interna de la marginada población de color, y a lo que estaba significando el conflicto del Vietnam en la nación que se había erigido en gendarme mundial del liberalismo-democrático, se venía a unir ahora, de manera imprevista y en el marco del telón de fondo del agotamiento del modelo de crecimiento económico nacido de la recuperación de la crisis de 29, el simbólico hecho de que uno de sus grandes aliados, en el que se encontraba emplazada la estratégica base de Lajes (Azores) de repostaje obligado en el ruta a la cabeza de playa de Europa que era la península Ibérica, se había pasado o estaba a punto de pasarse al enemigo. Washington parecía a punto de perder la guerra fría. América no podía tolerarlo, se imponía una reacción en toda regla. Y entre las medidas inmediatas adoptadas, a más de otras de mayor enjundia, muy pronto se enviaría a Lisboa como embajador, ni más ni menos, que al hombre clave de los servicios de espionaje (la CIA), Frank Carlucci.

Pero el problema no sólo estaba en Portugal. España regida por un anciano achacoso, cuyo primer ministro, el almirante Carrero, acababa de ser asesinado en un golpe de mano terrorista (diciembre de 1973) perpetrado por un grupo nacionalista que se autoproclamaba marxista y revolucionario, aparecía como un peligro en ciernes; la Revolución podía estallar –pensaban los estrategas occidentales– dónde nunca se había esperado, en la retaguardia de Europa. Pero a diferencia de Portugal, el remedio en esta ocasión no iba a consistir en una cirugía de urgencia; quedaba todavía tiempo para terapias preventivas que facilitarían una evolución no traumática hacia un sistema más estable que una dictadura de un hombre que estaba en el ocaso de su vida. Había que dirigirse a la opinión social y convencerla, era necesario persuadir a los españoles que ya gozaban de las ventajas de una sociedad moderna, de los cuantiosos réditos que rinde la política democrática moderna. El genio de la legitimidad democrática era el mejor y, tal vez, el único remedio para el mal de la Revolución. Y la experiencia de los Estados Constitucionales de Europa así lo acreditaba.

A partir de aquel acontecimiento, España se convirtió en el centro de atención de la diplomacia mundial. Las fundaciones de los partidos de las Internacionales democráticas empezaron a actuar, primero procurando me-

dir lo que sentía una sociedad española que hasta entonces no les había interesado para nada, y después, pergeñando propuestas para el futuro. Muy pronto quedaron claras dos cosas. Por un lado que el tiempo de los apoyos a los partidos que se presentaban como herederos del exilio, a aquella altura muy menguados, se había acabado. Desde entonces y de entre la oposición antifranquista, sólo resultarían dignos de ser tenidos en cuenta los líderes no comunistas que acreditaran contar con cierta presencia o relevancia en el interior de España. En tanto que entre las filas del régimen las fundaciones de las internacionales centristas o conservadoras acogerían como interlocutores a las contadas personalidades o grupos que insinuaban atreverse a discutir una cierta apertura democrática a la muerte del dictador. De ellas, la figura más descollante la representaba el ex ministro de Información Fraga Iribarne, personalidad posibilista y más oportunista de lo que indicaba la recia apariencia de su carácter, y de entre los grupos, el más nutrido mejor organizado e ideológicamente más sólido, lo integraban los católicos de la ACdP de Federico Silva, una inteligencia de primera que había educado en el servicio público a toda una generación que pronto tomaría cuerpo en el colectivo Tácito, y que a no tardar, se sumarían a la aventura de la Unión de Centro Democrático de Adolfo Suárez.

Pero más allá de las estrategias conspirativas de las grandes fundaciones de las internacionales ideológicas y de los equilibrios de bloques, sucedía también, que en el seno de la sociedad española empezaban a hacer serria mella los episodios de la Revolución portuguesa a los que desde este lado de la península, asistían con diferentes ánimos los distintos estratos de la población. El régimen con creciente temor a que la experiencia pudiera llegar a contagiarse; los núcleos opositores constituidos por los jóvenes nacidos en la dictadura que sin poseer una clara definición ideológica repudiaban sus prácticas políticas y su moral, con el entusiasmo y la curiosidad de quien asiste por televisión a una escuela de formación política, Pero para los comunistas, sindicalistas y demás fuerzas de oposición revolucionarias, el 25 de abril representaba la prueba más palmaria de que el sueño era posible, de que la dictadura podía caer si se tiraba fuerte.

Poco importaba que las posibilidades reales de una Revolución en la España de 1975 fueran remotas. Lo relevante era que muchos la creían posible, unos con esperanza, otros con temor. Un temor que se veía acrecentado, además, por episodios de aparentemente tan enorme gravedad pero en realidad de escasa relevancia práctica, cómo el surgimiento en el ejército de una organización clandestina antifranquista formada por oficiales de carrera, la UMD. El sólo anuncio de su existencia, en vida todavía del general Franco y cuando la Revolución en Portugal experimentaba sus momentos de mayor auge, fue un terrible mazazo para todo el país, que además, coincidiría con algunos problemas que empezaban a nublar el principal baluarte que garantizaba la estabilidad de futuro del régimen, la prosperidad económica de la sociedad española y la certeza en el crecimiento de futuro. Aquella sociedad

que con su nueva planta era tenida por el mejor logro y el más importante éxito del régimen del 18 de julio, como había sucedido cuarenta años atrás, volvía a sentir miedo, sólo que esta vez de manera diferente y por razones opuestas; ahora era el deseo de conservar y no la esperanza o el temor a crear algo, lo que conmocionaba y hacía castañear los espíritus.

1.3. La crisis del petróleo de 1973 y su repercusión en la situación española de 1975.

Representa un mérito indiscutible atribuible a la inteligencia de Otto Hintze, el haber sabido comprender el enorme peso que las circunstancias políticas externas pueden llegar a adquirir en la configuración de la Constitución interna de un Estado²¹. Aplicando esta reflexión a la más reciente realidad política, cabe afirmar que el ejemplo que mejor demuestra la clarividencia de su planteamiento es el que corresponde a la crisis que se desató con ocasión de la subida del precio del petróleo decretada por la OPEP en 1973 a fin de apoyar la ofensiva del presidente Anuar el Sadat para recobrar los territorios perdidos en la guerra de *los seis días*. Fue, sin duda, uno de los acontecimientos históricos que más profundamente ha marcado nuestro presente estado de cosas, y cuya trascendencia no ha sido todavía ponderada suficiente. Influyó decisivamente en la Constitución material y política de todos los Estados de la época. En los soviéticos que inicialmente creían asistir a la hecatombe del capitalismo despilfarrador de recursos y fundamentado en la mecánica de la crisis estructural cíclica, porque fulminó de manera inexorable el modelo productivo y político-constitucional socialista. En las Democracias Occidentales que en un primer instante parecían las víctimas propiciatorias, porque además de depararles la victoria final en la Guerra Fría, hizo que su Constitución interna tuviera que absorber las consecuencias del colosal proceso de transformación político, económico, cultural y social que está en la base de la sociedad actual y de la situación por la que en estos días atraviesa el mundo contemporáneo –algo que por formar parte de la estructura constitucional de la postmodernidad queda por completo fuera del objeto de nuestro estudio.

Así bien, procurando esquivar la tentación de desviarnos hacia consideraciones que no hacen al caso, conviene insistir en que todo lo acaecido en aquella crisis repercutió de manera efectiva en el cambio político español porque introdujo dos factores que iban a condicionar la salida de la dictadura. Primera, porque al tratarse de un proceso de índole mundial que se desencadenó en octubre de 1973 y que se prolongaría durante varios años, sus hechos se proyectaron directamente en las causas y en el desenlace de los acontecimientos que se fueron produciendo en España en los momentos postreros del franquismo y comienzos de la Transición. Segundo, y dado que

²¹ HINTZE, O., *Historia de las Formas Políticas*, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1968, pp. 293 y ss.

la crisis se caracterizó por un paulatino arrinconamiento de la mentalidad y del paradigma de las ideologías, porque la reducción de la tensión política y la desnaturalización de la confrontación que de ello resultaría, impulsó sutilmente el acuerdo entre partidos que, como anticipo Kirchheimer, habían hecho de la conquista del centro –y en definitiva de la despolitización– su gran objetivo estratégico. Y es que la sociedad española de 1975, nacida de un franquismo que había exterminado de raíz la cultura política democrática, se encontraba bien preparada para el conformismo pasivo hacia la nueva idea de Política que la postmodernidad trae consigo, y dispuesta a acoger como un regalo todo lo que sonara a consenso y a distancia de la coimplicación cívica. Nuestra sociedad se había anticipado a lo que vendría en el mundo en el siglo XXI. Salvado el escollo de la Transición, en España la Política cedería muy pronto su sitio al comercio, entre el regocijo y la satisfacción de todos.

Pero volviendo por un instante a lo que sucedió en la realidad europea de los 70, como nos enseña el formidable *Recasting Bourgoise Europe* anteriormente aludido²², importa señalar que la forma de organizar la política a la que España terminaría sumándose en 1977, arranca de la restructuración del mundo burgués efectuada en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial. El aciago viernes negro de 1929 sería superado por las democracias liberales, gracias a la combinación de un capitalismo intervenido desde lo público, y un Estado regido por partidos y dedicado a procurar el bienestar a las grandes masas. Pero el Estado Social y Democrático de Derecho, el Estado de Partidos, el Estado Fiscal redistribuidor de la riqueza del que habla Schumpeter, también conocido –en suma– como *Welfare Estate*, hubiera resultado impensable sin las trascendentales transformaciones que se remontan años atrás y que emergieron de la contienda 1914-1919.

En efecto, la Primera Guerra Mundial significó, entre otras muchas cosas, el fin de una política eurocéntrica, y la apertura del mundo a los Estados Unidos y de los Estados Unidos al mundo. Pero la irrupción en el escenario político de una nueva potencia supuso además, otra forma de hacer y de entender la sociedad capitalista. Para empezar, los Estados Unidos descansaban en una idea de comercio libre y no en la imposición colonial, pero también– y es el dato que ahora más interesa –los años veinte significaron la consolidación del modelo económico basado en el petróleo y construido en la idea de la existencia de un progreso tan ilimitado como los inagotables recursos de que parecía disponer la naturaleza para afrontarlo. No es que el petróleo fuera el único secreto de aquél sistema, pero sí su mejor representación y el que más elocuentemente resumía todo lo que la naciente economía de consumo comportaba. Cualquier problema que afectara al combustible terminaría dañando irremediabilmente a la totalidad del sistema: el petróleo

²² MAIER, C., *La refundación de la Europa Burguesa*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1988.

no sólo encarnaba la imagen del capitalismo sino que también era su circulación sanguínea.

Basta echar una ojeada superficial a las muy informadas memorias de Calouste Gulbenkian, para comprender que la irrupción de un modelo energético articulado en torno al petróleo resultó una decisión consciente y deliberadamente buscada, que hizo descartar otras alternativas posibles que a aquellas alturas estaban comenzando a despuntar y que proporcionó a la expansión de la economía americana, la garantía de un suministro de energía barata y abundante en condiciones de atender a las demandas de su gigantesca maquinaria fabril en términos de una relación real de intercambio netamente favorable. Un dato que vino a sumarse en el orden interno, a una forma de estructurar la actividad basada en la producción de cantidades gigantescas y en la necesidad de inmensos mercados susceptibles de acoger los bienes industriales destinados al consumo de masas, y aptos para hacer rentables las economías de escalas. El forismo y el taylorismo, no son más que la traducción en el orden organizativo del factor trabajo, de lo que hoy llamaríamos una concepción mundial o globalizada del mercado.

El modelo basado en el petróleo, el automóvil, el consumo masivo, el confort, el ocio organizado al alcance de todos, la movilidad social y la difusión de la riqueza, el acceso generalizado a la educación y al empleo, en suma, la racionalidad y especialización capitalista en una sociedad harto compleja, casi completamente urbanizada y altamente tecnificada que tuvo oportunidad de teorizar Max Weber, iría imponiéndose progresivamente en medio mundo, gracias a aquel singular instrumento multiplicador que era el comercio con los Estados Unidos. Y es así como, las naciones que lo hicieron suyo, pudieron llegar a alcanzar unos estándares de desarrollo y bienestar económico antes nunca soñados. Esta abundancia que exhibían los Estados occidentales, se veía asegurada en el orden político por la gobernabilidad que propiciaba, de un lado, la existencia de un consenso democrático interno construido en torno al reparto de la riqueza, y de otro, y aunque pueda parecer contradictorio, la fuerte presión política inherente a la existencia de una alternativa activa, militante y en teoría siempre rampante, el comunismo. Como explicaría John Fitzgerald Kennedy en su muy célebre discurso ante el muro de Berlín, la legitimidad del modelo occidental tenía pocos fundamentos más allá del doble sustento que le brindaban el bienestar democrático y el rechazo al marxismo. Pero la crisis del petróleo muy pronto iba a cambiarlo todo.

Como se ha dicho reiteradamente, no es este momento, ni lugar, para detenerse a ponderar como se definió, ni cual terminó siendo el desenlace del mundo nacido de la crisis de 1973. Lo único que interesa aquí es insistir en que el triunfo indiscutible –al menos hasta el momento actual– del universo constitucional que trajo consigo, determinaría por una parte el ocaso definitivo de las propuestas políticas antidemocráticas de las que el marxismo y el autoritarismo conservador o totalitario fascista no son sino extremos de la

misma madeja. Y por otra, arrastraría el fin del Estado industrial del que dio cuenta Galbraith, e impulsaría su sustitución por una economía de servicios organizada en una estructura y una dinámica social en el que categorizaciones como la lucha de clases, o dicotomías del estilo proletariado-burguesía sonarían a obsoletas y ni a martillazos conseguirían ofrecer una explicación aproximada de la realidad existente.

Pero anteriormente a que todo esto llegara, con antelación a que la marcha hacia el nuevo ser de las cosas empezara a asomar en el horizonte, y antes que el paradigma de lo virtual hubiera sido intuido por las más avezadas inteligencias, los hechos que estaban conduciendo hacia ese resultado empezaron a hacer mella en el existir de los españoles. Y es que la crisis de petróleo abrió en España el camino a una democracia política que en el resto de Europa adquiriría una dimensión diferente como respuesta a ese mismo fenómeno. España encontraría en las convulsiones de 1973, el atajo para llegar a un Estado Constitucional que ya no sería el mismo tras la guerra fría. Eso permitirá a nuestro país transitar desde una sociedad autoritaria hasta otra postmoderna sin necesidad de recalar previamente en una vida democrática como la que habían experimentado las naciones de Europa que habían derrotado al fascismo. Bastaba únicamente dotarse de instituciones políticas democráticas, algo que no significaba necesariamente lo mismo que vivir en una sociedad radicalmente democrática en sus contenidos y en sus actitudes colectivas de fondo.

A este respecto, los dos últimos gobiernos de dictadura con el propósito de afrontar lo que se avecinaba, pusieron en funcionamiento un descabellado programa de sustitución de los efectos que el descomunal alza del precio del petróleo ocasionaba en el aparato productivo nacional; se trataba de compensar con gasto público lo que las condiciones internacionales restaban a la competencia de nuestra economía. Como es natural, el resultado de semejante despropósito no podía ser otro que una breve tregua, obtenida a fuerza de maquillar lo que estaba sucediendo, seguida a medio plazo de un fuerte agravamiento de la crisis y de la ampliación de sus males hasta extremos inconcebibles. La explicación de esta conducta, más allá de la ingente miopía histórica que acreditaban sus responsables, eran los temores que empezaban a cundir entre lo más granado de la élite franquista a que el bienestar social, columna medular de la fortaleza del régimen, pudiera tambalearse cuando se aproximaba el fin del dictador. Una táctica destinada a capear el temporal, y a ordenar la sucesión de la manera más tranquila posible que, sin embargo, terminó haciendo inviable la continuidad política de la dictadura.

Muerto Franco e instaurada la monarquía, la situación económica empeoró drásticamente y la presión de la calle se hizo sentir en un país que llevaba década y media de ininterrumpido crecimiento, sin que, no obstante, llegara a desembocar en un enorme marasmo colectivo por el amortiguador que suponía la estructura de protección laboral y la intervención del crédito financiero que caracterizaban a la legislación franquista. Pero muy pronto se

puso sobre la mesa el problema de la dificultad de asegurar la continuidad pro futuro del modelo social imperante si la economía continuaba por tan peligroso derrotero. Ante lo que se presentaba como el fin de todo un orden productivo, desde el poder no había otra solución que hallar una nueva vía de crecimiento que sin cuestionar la estructura social del franquismo, permitiera seguir avanzando por la senda de obtener nuevos logros materiales. Proceder de otro modo desde el interior del régimen, hubiera implicado poner en peligro la sociedad que estaba en los orígenes del sistema, y a mayores, la opción no parecía ofrecer visos de solventar el punto crucial del tema: el constante deterioro de los niveles de vida de la sociedad.

Dicho de otro modo, la continuidad de la sociedad nacida de la Guerra civil, en su concepción estructural y en sus valores, pendía de un hecho: de que prosiguiera la prosperidad económica, de que los españoles pudieran atender a la satisfacción de sus necesidades vitales, al menos con un desahogo similar al que habían venido disfrutando en la última generación. Pero únicamente el conjunto de la sociedad podría articular los mecanismos políticos adecuados para salvar el modelo social. Y ello debilitaba el poder de los herederos políticos del franquismo a la vez que revalorizaba y hacía más importante la participación de la suma de hombres que habían forjado la sociedad española en los años anteriores. En definitiva, pactar la continuidad social exigía hacer concesiones que no comportaran alterar el modelo de sociedad, sino ampliarlo permitiendo además que las instituciones fueran democráticas. Ello significaba establecer un marco político consonante con los países vecinos que respetara el modelo de sociedad que todos aspiraban a conservar. La cuestión era por dónde y con quien abrir el camino para semejante diálogo.

En resumen, la inmensa mayoría de los españoles no buscaba en 1975 destruir la sociedad existente y orientar la nueva hacia un modelo diferente –y también aquí el anti-ejemplo portugués resultaba disuasorio– si no dar un paso más ampliando nuestra prosperidad. En este sentido, era muy probable que la misma sociedad que aspiraba a perpetuar su *status quo*, estuviera decidida a abrazar la Democracia, siempre y cuando ello no supusiera ruptura del modelo social. Faltaba por saber si la oposición estaría dispuesta a entrar en el juego de conservar la sociedad y cambiar la política. Y esa fue justamente la tarea que asumió de manera inmediata Adolfo Suárez.

2. LOS ACTORES POLÍTICOS DE LA TRANSICIÓN, CONTINUIDAD Y CAMBIO EN LA ESPAÑA DE 1975-78.

2.1. Las debilidades del régimen y las fortalezas de la oposición.

La clase política franquista pues, se vio cogida a contrapié por los acontecimientos. El régimen, sólido en sus fundamentos sociológicos, atravesaba una crisis en la altura de sus elites, explicable en buena medida por el carácter personal del gobierno y la decrepitud física del dictador, a lo que

se añadían los temores que deparaban la vecina experiencia portuguesa y la pésima gestión de la crisis económica. La opción de institucionalizar el sistema nacido de la guerra civil en forma de una monarquía de nuevo cuño que adecuara parcialmente la dictadura a las exigencias de la política democrática y estableciera un sistema de poder difuso entre los adictos al régimen, adoptada en 1969, había perdido con el asesinato del almirante Carrero su principal válvula de seguridad. A la muerte de Franco desde el régimen no parecía haber otra salida que la reforma. Ahora bien, la reforma no era una cuestión que pudiera quedar al albur exclusivamente de la voluntad de los franquistas.

Y sí alguna duda había al respecto, los resultados del primer gobierno de la Monarquía dejarían claro el fracaso de los intentos de articular un cambio institucional desde la continuidad política del régimen. El gran error del principal ministro reformista de aquél gabinete, Manuel Fraga, era desconocer que una vez salvada la continuidad de la sociedad, las fuerzas políticas del franquismo no tendrían que desempeñar ya ningún papel en el futuro político de España. El nudo gordiano del problema no consistía en suma, tanto en convencer a los herederos del régimen de la necesidad de emprender cambios, como en la dificultad de persuadir a la oposición de la utilidad de incorporarse al juego político manteniendo incólume el modelo de sociedad preexistente. Todo indicaba que iba a ser bastante más difícil seducir a los que estaban fuera, que calmar a los que se encontraban dentro. Fraga, obsesionado con contentar al franquismo político, no lo entendió así, y se equivocó.

Cuando en julio de 1976 Adolfo Suárez fue nombrado Presidente del gobierno, dos desafíos simultáneos se abrían ante él por este orden: complicar a los demócratas en una salida política que respetara la sociedad en la que se sostenía el régimen, y al mismo tiempo, proceder a desarmar las instituciones asegurando a los franquistas que lo que vendría con los cambios no supondría nunca una amenaza real a la vida española tal y como se había configurado hasta entonces. El obstáculo no radicaba en la oposición de una extrema derecha (llamada «bunker») que carecía de auténtico respaldo político, sino en conseguir implicar en la transformación a una oposición democrática que vacilaba ante la posibilidad de llegar a acuerdos que le dieran su participación efectiva en la conducción política. Y eso era algo fundamental porque sólo la mano tendida a la oposición podría ofrecer al país la seguridad de la continuidad en el modelo social que estaba anhelando. Por ello era imprescindible abordar a la vez las dos misiones, la una abriría camino a la otra.

El desarme de la legalidad franquista iba a evidenciarse proceloso pero no imposible, desde el instante en que el rey contó con la complicidad de hombres del régimen que entendían que la monarquía podía ser garantía suficiente de que el cambio político no resultaría socialmente revolucionario. El monarca tendría que desempeñar un papel especial en el tránsito de una

ley a otra ley, demostrando que procediendo de una legitimidad de origen (*secundum titulum*) no democrático, era capaz de ejercer democráticamente (*secundum exercicium*) su potestad, para llegar finalmente a una situación que instaurara definitivamente el principio de soberanía popular sobre una estructura social que en sustancia era la misma que había legado la dictadura. El importante margen de acción que las Leyes Orgánicas del franquismo atribuían al rey, facilitó considerablemente el proceso de desmontaje del sistema, y además, hizo que el rey apareciera ante la nación como un poder de todos situado más allá del juego político: el poder neutral que desde Constant encarna la única justificación democrática del poder hereditario de la Corona.

Fueron los cambios en la propia legalidad constitucional franquista los que, introduciendo una nueva norma contraria a las anteriores (la Ley para la Reforma Política), dejaron expedito el camino a un marco de juego inicial que si no era plenamente democrático sí estaba pensado para acceder a la democracia. Pero, el instante clave de la incorporación de la oposición al debate llegó cuando Gobierno y oposición acordaron el texto del Decreto-ley que serviría de fundamento a las primeras elecciones democráticas. Se rendía cumplido tributo así a aquella vieja afirmación de Montesquieu que decía que la importancia de la ley electoral en las Repúblicas (entiéndase democracias) era equiparable a la que en las monarquías revisten las leyes de sucesión (y el régimen de Franco había sido un reino que eligió sus sucesión en vida).

Faltaba únicamente saber quienes eran las fuerzas políticas destinatarias de aquella norma. Y la cuestión rezaba tanto con el poder como para con la oposición, porque el propio Suárez no había aclarado cuál sería su protagonismo político en las elecciones. Y en el fondo no lo desvelaba por simple estrategia, porque con su enorme intuición política, el nuevo jefe del gobierno sabía que debía esperar a última hora para tensar las cosas y presentar al país en óptimas condiciones para sus intereses electorales, el mensaje de continuidad y cambio que hacía prescindible la continuidad política del franquismo. Y es que Adolfo Suárez aspiraba a liderar desde el gobierno una fuerza política que aún participando plenamente del ideario democrático, integraba y representaba perfectamente esa simbiosis entre la sociedad procedente del franquismo y las nuevas aspiraciones políticas de los españoles. En consecuencia su partido, la UCD, se nutriría tanto de hombres provenientes del régimen pero sin destacado protagonismo político en el pasado, y los opositores moderados (democristianos, liberales socialdemócratas) que estaban estrenándose a la vida política y que por lo general no contaban con tradición antifranquista. Suárez era la mejor manifestación del binomio cambio político y continuidad sociológica que como adverso y reverso de una moneda acompañaban al proceso de Transición español. Pero no era la única expresión de continuidad con la sociedad del pasado.

Entre la oposición habría que sintetizar la presencia de tres grandes opciones: socialistas, comunistas y nacionalistas. Los primeros se dividían a su vez en varios grupos, pero el que se demostró verdaderamente capaz de contar con una mayoría social en las urnas, fue el PSOE de Felipe González y Alfonso Guerra, un partido que aunque portaba las siglas del pasado, en realidad estaba integrado por gente nueva –en el sentido que Maquiavelo y Guicciardini conferirían a este término en la Florencia del XVI– que no tenían ninguna relación intelectual, moral o ideológica con la tradición anterior a 1936, y que habían nacido en la estructura social franquista. Su mensaje electoral, construido en lemas tomados de la social-democracia europea, caló profundamente en una sociedad dispuesta a combinar continuidad social con cambio político. Fue la segunda fuerza del país.

Otros socialistas, que en cambio representaban la continuidad con la resistencia interior al franquismo, el PSP de Tierno Galván, fracasaron por completo. Sin llegar a esos extremos, el Partido comunista, el principal partido de oposición durante la dictadura, quedó reducida tras las elecciones a un pequeño grupo parlamentario, y muy pronto iniciaría una deriva que terminaría conduciéndolo casi a la marginalidad. Sería la primera víctima de la democracia. Su desgraciado sino era el resultado de una suma de factores adversos que procedían del sentir conservador de una sociedad fraguada en el franquismo, del declive ideológico del marxismo que estaba adviniendo con la postmodernidad, y del oportunismo de un líder más cercano en sus pautas de comportamiento a la personalidad burocrática de un Marcháis o un Brezhnev que al socialismo fresco de un Berlinguer o un Dubcek. En todo caso, su derrota hablaba a favor tanto de los argumentos de Adolfo Suárez en el momento de legalizarlos (abrir una democracia política sin limitaciones) como de la continuidad sociológica de una sociedad que no quería revolución y rechazaba a quienes la recordaban, por mucho que el PCE proclamase aceptar la legitimidad imperante.

Dentro de los nacionalistas, la situación resultaba muy distinta en vascos y catalanes. Ambos eran el producto de un fracaso situado en el dificultoso proceso de reemplazo de la Corona como factor de unidad estatal, en el momento de irrupción de la modernidad política en el siglo XIX, y en el fondo los dos suponían el intento de crear una cultura política diferente o separada de la española. Pero durante los años de dictadura había transitado por senderos distintos. Mientras los catalanes respondían a un esquema sociológico muy similar al de la UCD o el PSOE, los vascos ofrecían una realidad mucho más plural y compleja. La mejor prueba de lo primero sería que cuando Suárez decidió poner coto a las pretensiones nacionalistas en Cataluña, acudió a recuperar a la vieja institución republicana en el exilio encarnada por Tarradellas y ello para limitar a los partidos que decían representar la nueva sociedad catalana. Toda una demostración de que la vieja España de 1931 se contraponía e incluso podía operar tácticamente, en contra de los intereses de la política que se declaraba democrática en 1976. Por su parte, los nacio-

nalistas vascos, se encontraban notablemente fragmentados e incluían entre sus filas a un grupo terrorista que proclamándose revolucionario aspiraba a instaurar un nuevo Estado en aquella parte del territorio.

Resumidamente, la fotografía política de la España que había votado en 1977, nada tenía que ver con la de febrero de 1936. Señal inequívoca de que pese al restablecimiento de las instituciones democráticas, la cesura genealógica entre las dos sociedades era completa. Los representantes de esa sociedad se dispusieron en 1977 a redactar la nueva Constitución democrática, una vez llamados a formar parte de unas Cortes que si bien es cierto no eran constituyentes, sí tenían encomendado el cometido de redactar un nuevo texto constitucional. ¿Qué clase de Poder Constituyente podía ser aquél?

2.2. El mito de Europa y el franquismo como anacronía política.

En la España de 1977, lo que Gramsci llamaba la hegemonía cultural se resumía en una palabra, Europa, y estaba ligada de una manera casi mágica a la idea constitucional-democrática y al progreso económico. En ella residían las expectativas de futuro de los españoles: España había estado «aislada» y había que reintegrarla a Europa.

Europa encarnaba para los españoles un sueño mítico del que habíamos sido injustamente privados. Dejando a un lado los fracasos históricos, lo cierto es que el complejo de aislamiento español se había convertido durante el franquismo en frustración nacional, cuando los efectos del Plan Marshall, unido al empuje que supusieron los tratados de Roma, dieron vida al otro lado de los Pirineos a un colosal espacio político-económico que rápidamente vino a ser la segunda potencia del mundo occidental. Europa era un *Dorado* para los españoles de los años de miseria, equiparable al que cuatro siglos antes había representado las Indias para los castellanos que corrían a embarcarse a América. En Francia, Alemania, Suiza, Holanda... era posible encontrar el trabajo que en España no había y acumular el ahorro necesario para afrontar con un mínimo vital las duras pruebas de la existencia.

Pero no sólo se trataba de un fenómeno de atracción económica. Europa representaba, y era algo que los tecnócratas del *Opus Dei* trataban de encubrir con sus teorías de la subordinación del desarrollo político a la prosperidad económica, todo un modelo de éxito de la política democrática. La Europa de la Comunidad Económica se ofrecía ante España como la vía segura para mantener y acrecentar la prosperidad alcanzada en la sociedad franquista. Nada tiene de extraño por consiguiente, que frente a la anacronía política que significaba en términos históricos el franquismo, Europa se presentara como la consolidación definitiva del modelo social de prosperidad y bienestar surgido de la guerra civil. Superado el primero había que integrarse en el segundo.

De este modo, a partir de la muerte de Franco, la incorporación a Europa pasa a ser para España algo que no había sido para los demás países comunitarios, la garantía de su situación interna, Formando parte de Europa, la

sociedad que venía de atrás y la política democrática, evitarían a los españoles incurrir en el riesgo de la revolución. Frente a la idea que informaba los Tratados de Roma de evitar un conflicto externo entre naciones, ahora surgía la preocupación por consolidar situaciones internas. Y ello ofrecía un flanco que desde entonces siempre se ha encontrado presente en la relación española con las instituciones europeas: se estaba en la Comunidad por debilidad, para que Europa hiciera por nosotros lo que nosotros éramos incapaces de hacer por nosotros mismos, olvidando la vieja enseñanza democrática que encierra aquella afirmación que Maquiavelo dirige en la última de sus cartas a su querido hijo Héctor, ¡Ayúdate a ti mismo! Por que si tu te ayudas alguien te ayudara —*«figlioulo mio, studia, fa bene, impara, ché si tu ti aiuterai, ciascuno ti aiuterà»*—.

Semejante expectativa era enormemente dañina para comunidad democrática. Primero porque suponía olvidar el sentido final que había guiado la existencia de la Comunidad Europea, y que operaba —y opera todavía— como regla de conducta en sus órganos institucionales, el egoísmo nacional. Todos los integrantes de la Unión aspiran a servirse de ella para obtener su propio beneficio, lo que no quiere decir que no respeten y defiendan su existencia como marco global dónde se construye algo que beneficia a todos. Segundo que la vieja idea democrática basada en el autogobierno, advierte que nadie puede hacer por un pueblo lo que el pueblo no es capaz de hacer por si mismo. La sociedad española, desconfiando de sus propias fuerzas, consideraba su integración en la Comunidad Europea como el mejor seguro político de su supervivencia, más de fiar incluso que los mecanismos políticos que ella misma había creado.

La suma de ambas cosas se traduciría en una enorme dependencia hacía Europa, en la que nuestro país participaría antes que provista del espíritu que corresponde a un socio, más bien investida del ánimo de un tutelado o incluso en ocasiones de un súbdito. Era el precio debido a una forma de entender las cosas que, como nuestro modelo de sociedad, había fraguado en la España cuartelera del franquismo de postguerra. De cualquier forma y habida cuenta de que se trataba de una creencia generalizada, la aspiración española a ser parte de Europa, fue un sueño colectivo que movilizó las ilusiones del país y condujo los comportamientos electorales, hasta el instante en que iniciada ya la vida constitucional, el gobierno de Felipe González consiguió finalmente que España firmara unos tratados de adhesión para los que la Constitución de 1978 estaba técnicamente adaptada de una manera concienzuda.

Pero no obstante, España iba a asistir tras su integración al advenimiento de una prosperidad única que pondría fin definitivamente a la crisis de crecimiento económico que se había iniciado años atrás con la errónea respuesta a la subida del petróleo, y gracias a la afluencia de fondos comunitarios,

potenciaría enormemente su sociedad que sin cambios sustanciales en sus estructuras cualitativas se haría más rica y próspera.

2.3. La Transición como resultado. Acerca de un proceso sin modelo o de cuando los hechos se imponen a las previsiones del derecho. El Poder Constituyente Evolutivo.

«Gris amigo mío es la teoría, pero eternamente verde es el árbol de la vida», cuenta la leyenda de transmisión oral que espetó en cierta ocasión Marx a su compañero de fatigas y amigo intelectual Federico Engels en algún momento de su compartida existencia. Y eso fue justamente lo que sucedió en España en 1978. Nadie salvo el ya referido solitario trabajo de García San Miguel, había podido predecir que el país por el que habían doblado las campanas de medio mundo, la de los paseos, de las cuadrillas del amanecer y de las matanzas de Badajoz, la de las Brigadas Internacionales y la Legión Cóndor que en 1939 había espantado a Ciano por la ferocidad de la represión, pudiera finalmente darse la mano.

Sin embargo, en realidad no se había producido reconciliación entre vencedores y vencidos de la Guerra Civil. Los vencidos sencillamente habían desaparecido, y los vencedores olvidando definitivamente los más luctuosos sucesos, habían aceptado evolucionar políticamente para dar cabida en las nuevas instituciones a otra parte de España que había nacido en la misma sociedad surgida de la postguerra. En sus fundamentos últimos la sociedad era la misma. Había nacido toda, de la modernidad introducida por Franco.

Ahora bien, lo anterior significaba que el proceso de cambio político no podría responder a los cánones de una acción Constituyente. Y en efecto, la Transición política no se presentó nunca como otra cosa que una evolución en la continuidad de las instituciones políticas del régimen. En realidad fue el primer supuesto de Poder Constituyente Evolutivo que conoce la historia. Una forma de operar de la vieja categoría concebida en la modernidad, en la que la continuidad en la estabilidad primó sobre la ruptura de fondo y las transformaciones radicales. Frente a la idea de la creación *ex novo* puesta en práctica por la nación norteamericana para crear la primera Constitución de los Modernos, se levantaba ahora el resultado no previsto de un proceso de Transición.

Y es que, por mucho que la Constitución española de 1978 hubiera sido aprobada en referéndum, no se había producido en España un proceso constituyente en sentido clásico del término, como el que, por ejemplo, se dio en Portugal tras la Revolución de 1974. Los Procesos constituyentes responden a una doble lógica, por un lado, son el resultado de un acto de destrucción previa de la sociedad política que precede en el tiempo, que es aniquilada por la Revolución. Las Revoluciones tienen como objeto superar históricamente en un momento supremo, una realidad social que no responde a la marcha de los tiempos. Revolverla, truncarla de golpe. Pero las comunidades políticas no viven de la destrucción, no tiene por fundamento el vacío.

Por eso precisamente la Revolución siempre ofrece otra cara, la que presenta el Poder Constituyente; ambos van juntos. El Poder Constituyente es pues, su otra lógica, la *pars construens* de la Revolución, un poder concebido para edificar, para levantar allí dónde la Revolución ha provocado con antelación el vacío. Por eso para realizar su labor precisa que antes se le haya despejado el terreno, que la sociedad este dispuesta a ser constituida, es decir recreada de nuevo.

En la Transición política, la acción constructiva se operó sin destrucción previa, La *pars destruens* no existió, y en consecuencia la *pars destruens* hubo de conformarse con adecuar aquello que ya había a las necesidades de la nueva legitimidad democrática que se pretendía implantar. La sociedad preexistente prevaleció sin grandes mutaciones, y la labor constituyente quedó reducida a levantar sobre lo que ya se conocía, una nueva Ciudad Política que hiciera propios los cimientos del régimen precedente. Era la sociedad quien en su deseo de continuar, había generado un cambio en la política, y no la idea política la que había creado un mundo nuevo.

Era la primera vez que esto sucedía en la cultura de la modernidad política y llamó la atención a todos. La evolución se había impuesto en España a la Revolución, con los menores costos inmediatos que ello comportaba. En realidad, revolución y evolución son dos formas distintas de cambio que el pensamiento político viene manejando como opuestos desde los primeros días de la modernidad, desde las primeras manifestaciones de la gran querrela Antiguos y Modernos. El cambio revolucionario consiste en introducir el hecho nuevo, en admitir la posibilidad de que el hombre y la vida social se reinventen por completo desde la idea. La revolución es una forma de regenerar la existencia social forjándola de nuevo. Hobbes, los constituyentes americanos del XVIII, una parte de los franceses y todos aquellos que impulsaron las revoluciones políticas europeas del XX, empezando por Weimar y siguiendo por la Unión Soviética, obedecen a este modelo. La evolución consiste en cambiar en la continuidad, en ir readaptando lo viejo a las circunstancias, en ir entresacando lo nuevo de lo viejo sin destruir por completo lo viejo. Maquiavelo, Rousseau, Constant, la restauración canovista de 1974, encajan en esta segunda tipología. La revolución es moderna, la evolución antigua y postmoderna. La revolución se produce cuando las ideas se imponen a los hechos; la evolución cuando los cambios de la realidad social marcan el paso a las acciones de los hombres. La crisis representa a la Revolución y a la concepción moderna de la Política, lo que el declive, la decadencia y la regeneración mediante la vuelta a los principios (el maquiavélico «*ridurre ai principi*») significan a la evolución. Todas estas diferencias y bastantes más, separarán a las dos formas de cambio político que se dieron en Portugal y España en la década de los setenta. Portugal protagonizó la última Revolución de la modernidad, y España la primera intervención de un proceso constituyente evolutivo que por postmoderno, no admite la posibilidad de rehacer de nuevo la sociedad desde la política.

TITLE: Assumptions for an interpretation of the political transition in Spain.

RESUMEN: Se trata de analizar la transición política española teniendo como referente lo sucedido en Portugal en 1974, dónde se produjo una revolución seguida de un proceso constituyente clásico. En España en 1975, una serie de factores internos y externos, determinaron que se impusiera un modelo de continuidad social y de cambio en lo político con el régimen de Franco. La guerra civil se configura así, como un punto de ruptura con el pasado, que supone también la introducción de una idea de modernidad que está en la base de la realidad social, y en alguna medida política, desde las que España ha entrado en el siglo XXI.

PALABRAS CLAVE: Revolución, Poder Constituyente, dictadura, sociedad, Estado, Política, cambio, evolución, continuidad.

ABSTRACT: It consists of analyzing the political Spanish transition taking as reference what happened in Portugal in 1974, where it took place a revolution followed by a constituent classic process. In Spain in 1975, several internal and external factors, determined that a model of social continuity and a political change with Franco's regime was imposed. In that way, the civil war take place as a point of break by the past that, it also supposes the introduction of an idea of modernity that is in the base of the social reality, and in some political measure, with which Spain has entered the 21st Century.

KEY WORDS: Revolución, Constituent Power, dictatorship, society, State, Politics, change, evolution, continuity.

Recibido: 06.07.2012

Aceptado: 18.10.2012

ALGUNAS CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS A PROPÓSITO DE LA NUEVA RELACIÓN ENTRE ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA SOCIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO EUROPEO

Ainhoa Lasa López
Doctora en Derecho
Universidad del País Vasco

SUMARIO. 1. Aproximación preliminar al estado de la cuestión. 2. La constitución material como presupuesto metodológico. 3. La constitución material del Estado social. 4. La nueva constitución material y sus coordenadas. 4.1. La constitución económica europea. 4.2. Constitucionalismo económico de mercado c. Constitucionalismo económico social. 4.3. La justicia social competitiva. 4.4. El modelo social europeo. 4.5. El papel de los principios fundamentales del ordenamiento europeo— libertades económicas y competencia— en las decisiones del juez europeo. 5. Consideraciones finales.

1. APROXIMACIÓN PRELIMINAR AL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Las novedades registradas en las últimas décadas en el ordenamiento europeo han introducido un escenario de reflexión con respecto al constitucionalismo del Estado social. Concretamente, la contradicción entre un constitucionalismo gestado en el proceso de construcción del Estado social y la nueva realidad constitucional que plantea la integración europea. Desde esta perspectiva, cierto sector doctrinal ha evidenciado la tensión entre la Constitución formal del Estado social y las transformaciones que incorpora la Unión Europea, situando el punto de confluencia en la desaparición de la constitución material del Estado social. Formulaciones que rescatan la doctrina mortatiana sobre la constitución material como mecanismo de resolución de la paradoja descrita¹. La pervivencia formal de las constituciones del constitucionalismo social en el marco de la transición hacia una nueva forma de Estado, que tiene en la nueva constitución material postsocial la superación de la contradicción apuntada.

El proceso de integración europeo entra en un nuevo periodo en su historia a partir del Tratado de Maastricht, tal y como se ha reconocido desde la propia doctrina comunitaria². Desaparece la inicial autonomía del espacio

¹ AAVV., *La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, en A. CATELANI & S. LABRIOLA (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2001.

² POIARES MADURO, M., «Europe's Social self: 'the sickness unto death'», disponible en: <http://lesl.man.ac.uk/conweb>, n. 2. 2002.

estatal en su relación con el ordenamiento jurídico europeo que permitía una cierta convivencia entre modelos contrapuestos, el estatal vinculado al Estado social, y el proyecto europeo dirigido a garantizar la centralidad del mercado primero común, y después interior³. Como consecuencia de esta ruptura, se produce una infiltración de los principios del mercado en el sistema de valores propio del constitucionalismo social⁴. La tensión entre el modelo del constitucionalismo social y el europeo, aunque ya presente desde los inicios de la integración, alcanza en esta fase del proceso su máxima expresión⁵.

Esta primacía del vínculo económico se consolida en el último referente normativo, el Tratado de Lisboa, que reproduce los contenidos del heterogobierno del mercado y el primado de la economía vigentes desde los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas. De hecho, la actuación de objetivos sociales que contempla el nuevo artículo 3 del Tratado de Lisboa, la economía social de mercado altamente competitiva, tendente, al pleno empleo y al progreso social, lejos de introducir principios contradictorios con las características del modelo económico originario que permitan recuperar una cierta continuidad con el constitucionalismo económico del Estado social, sancionan la herencia del constitucionalismo de mercado.

Si nos fijamos en el contexto del elenco de la definición de objetivos, nos encontramos con que los presupuestos que legitiman una supuesta integración positiva en el mercado interior consistente en la equiordenación entre objetivos económicos y sociales, son deficitarios. Por un lado, porque los objetivos establecidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión (TUE) están condicionados por los instrumentos contemplados para su realización, es decir, son los instrumentos los que determinan el verdadero alcance de los objetivos. El mercado interior y la Unión Económica y Monetaria (UEM), así como las políticas del artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Si los medios determinan los objetivos de la Unión, es necesario contextualizar el artículo 3 del TUE con el artículo 119 del TFUE. En ambos la centralidad del mercado es incuestionable. «La economía de mercado abierta y de libre competencia» impone la decisión de principio del sistema que condiciona y preside el ordenamiento jurídico europeo. Por lo tanto, los instrumentos determinan el alcance de los fines. Los objetivos de la Unión sólo tienen espacio para su realización en base a su compatibilidad con los principios del mercado y la UEM.

³ SCHERER, J., *Die Wirtschaftsverfassung der EWG. Schriftenreihe Europäische Wirtschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1970, p. 83.

⁴ ORLANDINI, G., «Mortati, il lavoro e la Costituzione che non c'è più», en L. GAETA (a cura di), *Atti della Giornata di Studio. Siena, 31 gennaio 2003, Constantino Mortati e il lavoro nella Costituzione': una rilettura*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 219.

⁵ JOERGES, CHR., «What is left of the European economic constitution», *EUI WP LAW* 13/2004.

Por otro lado, porque es el propio artículo 119 del TFUE el que resuelve la tensión entre los objetivos en conflicto al establecer la verdadera relación entre ellos. La preeminencia de los objetivos económicos se deriva de la propia dicción del precepto vinculada a la definición de una constitución económica distinta de la que sugieren quienes pretenden recuperar con el Tratado de Lisboa a la constitución económica del vínculo social. De tal modo que lo que se establece es una relación jerárquica que determina la primacía de los objetivos económicos sobre los sociales. Estos últimos situados en una posición de compatibilidad subalterna, confirman la definición del modelo de constitución económica del vínculo económico. Por eso, el nuevo artículo 3 confirma la ruptura de la dinámica político institucional del Estado social⁶.

Paralelamente, los objetivos sociales previstos no tienen los efectos intervencionistas que determinarían la metamorfosis del modelo, sino todo lo contrario, porque de lo que se trata es de garantizar el mercado consolidando su centralidad. La remercantilización del vínculo social en la esfera europea persigue la captación de espacios antes sustraídos a las dinámicas del vínculo económico incorporando, como veremos, el principio de la competencia y la centralidad del mercado en la definición de la dimensión social europea.

En este sentido, el progresivo dismantelamiento de las bases que conforman al Estado social constitucionalizado en los textos fundamentales de la segunda posguerra, ejemplifica la confrontación entre la constitución formalmente vigente y la nueva realidad que desnaturaliza los contenidos de la forma de Estado que contemplan estas constituciones. Es decir, en el ámbito estatal, la crisis del Estado social en la realidad no se ha reflejado todavía en las constituciones que mantienen formalmente el constitucionalismo del Estado social, produciéndose de esta manera una situación contradictoria realidad-constitución⁷. Lo que pone de relieve que el actual momento constitucional plantea la necesidad de buscar orientaciones metodológicas que ayuden a la comprensión de la confrontación descrita.

En esta perspectiva se sitúan aquellos planteamientos en los que como se ha señalado, el análisis de la relación Unión Europea-Estados miembros tiene en la crisis de la constitución material de las constituciones nacionales, el elemento determinante de sus argumentaciones⁸. De acuerdo con estas propuestas, la utilidad de la constitución material tiene la virtualidad de comprender y resolver la contradicción entre los ordenamientos constitucio-

⁶ MAESTRO BUELGA, G., «El Tratado de Lisboa y la Constitución económica», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 9, 2008, p.39.

⁷ DE CABO, M., «Tratado Constitucional europeo y constitucionalismo del Estado social», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 19, 2007, p. 204.

⁸ BILANCIA, F., «Brevi note su costituzione materiale, legalità ed Unione Europea», en A. CATELANI & S. LABRIOLA (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare, La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 425 ss.

nales formales nacionales y el europeo. Así, éste último formaliza principios opuestos a la tradición del constitucionalismo social, consagrando y sancionando normativamente lo que en el ámbito de los Estados miembros está en la nueva constitución material pero, no en la Constitución. A través de los principios de primacía y efecto directo, el nuevo paradigma se infiltra en los ordenamientos nacionales resolviendo la contradicción.

La transformación de la constitución material de los Estados miembros en una nueva se realiza desde la instancia europea que disciplina de esta manera a los ordenamientos internos, restableciendo la continuidad entre constitución formal y constitución material en el nivel europeo. Por lo tanto, es en este nivel donde se gesta la nueva constitución material que simboliza la ruptura con la del Estado social. Y es precisamente también en este nivel, donde se desarrolla la unificación entre la nueva constitución material y el constitucionalismo compuesto superando la tensión normativa existente entre las constituciones formales nacionales del Estado social y la nueva constitución material⁹.

2. La constitución material como presupuesto metodológico.

La ruptura de la constitución material del Estado social hace necesario, siquiera brevemente, abordar los elementos esenciales de la misma como punto de partida para su confrontación con los que se reconocen en la nueva constitución material. En este contexto, la referencia a la construcción de Mortati resulta obligada. Tal y como se ha puesto de relieve, la utilidad de su propuesta metodológica reside en la conexión que ésta establece entre constitución formal y realidad material. Alejado del formalismo purista de la corriente kelseniana que se sustanciaba en una concepción exclusivamente formal y legal del derecho, y de la corriente pandectística, como tendencias dominantes en el pensamiento jurídico de los primeros tiempos del siglo diecinueve, el autor plantea la necesidad de recuperar la unidad en la pluralidad y de unificar en el ámbito jurídico espacios que hasta ese momento habían permanecido separados¹⁰.

Al mismo tiempo, su novedosa aproximación al derecho constitucional a través de su necesaria vinculación con las exigencias sociales en las que encuentra su razón de ser, supuso un tratamiento del derecho constitucional como fuente de integración, legitimación y garantía, frente al derecho constitucional liberal como simple expresión de la lógica y de la racionalidad¹¹.

⁹ LABRIOLA, S., «Costituzione materiale e transizione», en A. Catelani & S. Labriola (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare. La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 239 ss.

¹⁰ MORTATI, C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 129-132.

¹¹ PIZZETTI, F., «Costituzione materiale e Costituzione formale tra passato, presente e futuro», en A. Catelani & S. Labriola (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare. La*

El aspecto más relevante de la construcción consiste en articular la unificación del ordenamiento en base a un fundamento material previo a la norma constitucional que se desarrolla en una triple dirección. En primer lugar, la constitución material garantiza la validez de la constitución formal; en segundo lugar, garantiza la unidad del ordenamiento jurídico descrita y, en tercer lugar, el fin es unitario porque la constitución material lo define de manera vinculante¹².

Sobre estas bases se construye la propuesta mortatiana que lejos de suponer una ruptura de la unidad del texto constitucional despojándolo de toda normatividad¹³, realiza precisamente la premisa opuesta. «Contrariamente a cuantos sospechan las interpretaciones vanalizantes de la constitución material, el fin al que ésta se dirige, no es minar la fuerza de la constitución formal, sino exactamente lo contrario, sostenerla con su fuerza material»¹⁴. Por lo tanto, la relación entre ambas constituciones, material y formal, no es contradictoria sino instrumental de la segunda para con la primera que tiene en ésta su fuente de validez.

La primacía de la constitución material de la que se deriva la constitución formal impide la contradicción entre ambas, estableciendo un vínculo de garantías recíprocas. La constitución formal concretiza la generalidad de los contenidos de la constitución material, lo que implica su autonomía. Esta relación, autonomía de la constitución formal—primacía de la constitución material, es especialmente visible en las situaciones de normalidad constitucional, dado que la primacía de la constitución material se atenúa. Por el contrario, en los momentos de ruptura de los principios que configuraban a la constitución material preexistente, la normatividad de la constitución formal retrocede, en la medida en que se muestra incapaz de desplegar sus efectos disciplinantes en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la preeminencia de la nueva constitución material¹⁵.

costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 409-420. CATELANI, A., «La costituzione materiale e il diritto vivente», en A. CATELANI & S. LABRIOLA (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare. La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 53-71. CATANIA, A., «Mortati e Schmitt», en A. CATELANI & S. LABRIOLA (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare. La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 109-128. PECORA, G., «Mortati e Kelsen», en A. CATELANI & S. LABRIOLA (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare. La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 139-157.

¹² MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale*, op. cit., pp. 124-132.

¹³ JIMÉNEZ CAMPO, J., «Contra la constitución material», *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 42-54.

¹⁴ ZAGREBELSKY, G., «Premessa a la Costituzione in senso materiale», *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. XXXV.

¹⁵ MORTATI, C., «Voz 'Costituzione (dottrine generali)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 139 ss.

Desde esta orientación, es posible comprender las transformaciones que se están produciendo desde la década de los ochenta, materializadas en una sintomatología de conflicto entre los enunciados formalmente constitucionalizados y la nueva realidad constitucional. Frente al formalismo positivista que repropone el tema de la separación entre derecho y realidad, y donde la constitución se interpreta de acuerdo con una concepción exclusivamente formal que la habilita para poder permanecer ajena a las nuevas realidades sociales que tienen lugar.

Las insuficiencias de esta última aproximación se evidencian claramente en los momentos de desarmonía entre orden legal y orden político, y conducen precisamente a cuestionar la propia vigencia del enunciado formal. Desde estas posiciones, la resolución del conflicto se manifiesta en la propia quiebra formal de los supuestos sobre los que se construía el Derecho constitucional. El resultado es la neutralización técnica del Derecho constitucional, su consideración puramente instrumental que se traduce en su reducción a procedimiento como respuesta sistémico-funcional al conflicto¹⁶.

Precisamente, la celebrada Constitución como forma *dat esse rei*, «ha alcanzado grados de flexibilidad altísima, toda reivindicación de la misma, de su aplicación (guardada con ansia y realizada), es una reivindicación no tanto de su forma como de su función. Justamente a su lado, la ciencia del derecho corre a camuflarse como ciencia funcionalista. Funcionalismo y ‘ciencia alternativa’ llegan incluso a confundirse, de tal suerte que hoy puede leerse un juego distinto y variado entre estructura y superestructura hasta en los planteamientos más formales»¹⁷. De manera que siguiendo la orientación mortatiana, podemos decir que la constitución formal desconectada de la idea de constitución material implica la propia devaluación del texto constitucional que termina, a su vez, por imponer una lectura débil de la constitución.

Paralelamente, en el discurso de Mortati adquiere relevancia el momento de gestación de la doctrina de la constitución material. En particular, la construcción de la teoría se produjo en un momento de crisis y transición que obligaba a una reflexión en la que tales aspectos adquirirían una relevancia central. La crisis del Estado liberal se sitúa como el punto de partida de la constitución material y su conexión con la nueva forma de Estado que comienza a gestarse. La forma de Estado actúa como el elemento determinante de la constitución material. Con ésta se busca la armonía o unidad de la organización social, teniendo en cuenta en todo momento la necesidad de un nuevo imaginario o modelo antropológico para hacer frente a los problemas que inauguraban el nuevo ciclo constitucional¹⁸.

¹⁶ DE CABO, C., «Encuesta sobre la orientación actual del derecho constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, 1998, p. 19.

¹⁷ NEGRI, A. «Del capital a los Grundrisse», *La Forma-Estado*, Akal, Madrid, 2003, p. 15.

¹⁸ BERGARECHE GROS, A., «La Constitución en sentido material de Constantino Mortati. Estudio Preliminar», *La Constitución en sentido material de Constantino Mortati*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. IX-XV.

En la identificación de los contenidos de la nueva forma de Estado que la diferencian de la precedente, se encuentra la respuesta a la definición de la constitución material. La forma de Estado implica por tanto, el reenvío material de la norma constitucional. Frente a la forma de Estado liberal que niega en su formalización el conflicto capital-trabajo, éste concepto adquiere una dimensión sustancialmente distinta en el Estado social. La ruptura de la separación de las esferas de la política y de la economía introduce en el Estado social el conflicto tanto en la determinación de su contenido como en su expresión constitucional.

Con su formulación del Estado social, Mortati sitúa a la integración del trabajo en el centro del Estado social que se contrapone de esta manera al orden liberal excluyente. Centralidad del trabajo sobre la que se define la forma de Estado social, convirtiéndose en el valor fundamental de los principios jurídicos que predeterminan los contenidos de la nueva forma de Estado constitucionalizada¹⁹. Así, el Estado social es una nueva forma de Estado que supone una quiebra del Estado liberal cuyos caracteres están configurados por las nuevas interrelaciones entre los niveles socioeconómico y político.

3. LA CONSTITUCIÓN MATERIAL DEL ESTADO SOCIAL.

La constitución económica del Estado social constituye el paradigma de la materialización de las transformaciones que incorpora el Estado social. El cambio en las funciones del Estado, especialmente en los ámbitos económico y social que dejan de configurarse como esferas incontaminadas, hace que ahora ambas definan las condiciones materiales de esta forma de Estado. No en vano, en la formulación de Mortati la conexión constitución material-forma de Estado representa el elemento delimitador de la constitución económica²⁰ que adquiere una doble dimensión, conflictual y garantista²¹. La primera se refiere al espacio de disponibilidad confiado al desarrollo del conflicto. Los derechos sociales reflejan en su estructura la vinculación con la dimensión conflictual de la constitución material. La dimensión disponible de los derechos revela el estatus constitucional débil de los derechos sociales²² que se combina con la dimensión de garantía, en la que se establece el reconocimiento de los protagonistas del conflicto distributivo. Este reconocimiento implica la institucionalización del conflicto que preservando el estatus del trabajo en el desarrollo del mismo, permite al mismo tiempo

¹⁹ MORTATI, C., «Il lavoro nella Costituzione», en L. GAETA (a cura di), *Constantino Mortati e il lavoro nella Costituzione: una rilettura*, Atti della Giornata di Studio, Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005, p. 8.

²⁰ MORTATI, C., *Le forme di Governo*, Cedam, Padova, 1975, pp. 39 ss.

²¹ DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986, pp. 28-30.

²² BARCELLONA, P., «Diritti sociali e corte costituzionale», *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n.º 3, 1994, pp. 325-331.

actuar el conflicto dentro de los límites definidos en el compromiso en torno al que se funda el Estado social.

Por lo tanto, los contenidos de la constitución material del Estado social especifican el reenvío político social de la constitución afectando tanto a la constitucionalización de los sujetos del conflicto, como al establecimiento del sistema de garantías recíproco, la definición del conflicto y sus límites. La integración se produce en un doble plano político y económico. El primero reconoce la subjetividad política de los sujetos del conflicto social. La garantía del privado y del mercado supone el establecimiento de límites a la intervención distributiva de los poderes públicos, el control político estatal de los resultados espontáneos del conflicto se produce ex post, compensando las desigualdades socioeconómicas. Paralelamente al límite impuesto al trabajo de no modificación de las bases del capitalismo, opera un límite al conflicto dirigido a preservar el fundamento material de la integración o equilibrio relacional entre el capital y el trabajo que define la integración económica.

Este planteamiento permite vincular la constitución económica al Estado social que actúa como referente de las disposiciones relativas a la actividad económica. De tal forma que la constitución económica del Estado social tiene su fundamento legitimador en la preeminencia normativa de las disposiciones vinculadas a la forma de Estado. Estas disposiciones se materializan en la configuración del Estado social como la decisión fundamental que impone una relación de funcionalidad con las disposiciones que articulan la constitución económica²³.

Al mismo tiempo, conectar la constitución económica con la forma de Estado social supone la remisión a un modelo constitucionalmente determinado que impide la consideración autónoma de la constitución económica. Esta concepción de la constitución económica del Estado social como prescriptiva, permite deducir del complejo de principios constitucionales vinculados a esta forma de Estado, un sistema de relaciones económicas caracterizadas por el gobierno del mercado que se manifiesta en una serie de límites a las libertades económicas privadas constitucionalmente reconocidas. En definitiva, un dispositivo que posibilita la introducción en el ámbito privado de una lógica distinta a la de la estrategia de la acumulación, y se materializa en el primado de la política derivado del Estado pluriclase²⁴.

Por lo que respecta al segundo de los elementos de la constitución económica del Estado social, el vínculo social como fuente de definición y límite

²³ CANTARO, A., «El declive de la constitución económica del Estado social», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 162-168.

²⁴ MORTATI, C., «Principi fondamentali (art. 1-12)», en G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma, 1975, pp. 2-20. Mortati, C., *Le forme di governo. Lezioni giuridiche*, Cedam, Padova, 1973, pp. 428-445.

al mercado, Mortati establece sus bases en torno a la centralidad del trabajo como fuente de legitimidad de la intervención de los poderes públicos en el sistema económico. El trabajo como principio organizativo en la definición normativa de los objetivos y límites de las actividades económicas²⁵.

Esta reflexión sobre la constitución económica del Estado social se contraponen a la propuesta mayoritaria en la actualidad que destaca el carácter meramente descriptivo de la constitución económica del Estado social. Basada en la jurisprudencia del Alto Tribunal Alemán en torno a la expresión «neutralidad constitucional», consiste en una lectura flexible que partiendo de la ausencia de un modelo económico constitucionalizado propicia una pluralidad de modelos económicos que tienen sus límites en las libertades económicas configuradas como derechos constitucionales fundamentales. La aproximación a la cláusula de Estado social se efectúa en clave normativa lo que implica una desvalorización de esta cláusula en conexión con la forma de Estado. Desde esta lectura, el Estado social se configura como un principio jurídico que impide derivar efectos relevantes del dictado constitucional²⁶.

Tampoco la doctrina española se ha sustraído a estas consideraciones. Nos encontramos con una interpretación revisada de la cláusula de Estado social con efectos disciplinantes en la definición constitucional. De hecho, la singularidad del momento histórico caracterizado por el cuestionamiento de las bases teóricas y la viabilidad del gobierno público de la economía que acompañó al proceso constituyente español, tuvo implicaciones en cuanto al potencial de la cláusula Estado social en el ámbito de las relaciones política-economía. La sugestiva adecuación de nuestra Carta Magna a la realidad socio-económica del momento parecía propiciar una desnaturalización de la cláusula social que pronto confirmaron determinados sectores de la doctrina²⁷.

En todo caso, lo característico de esta propuesta es que la constitución económica se desvincula de la forma de Estado para configurarse como un sistema autónomo del enunciado constitucional o realidad extraconstitucional, en la que se permite la convivencia de principios contradictorios con el proyecto del constitucionalismo social.

²⁵ MORTATI, C., «Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica. Natura giuridica, efficacia, garanzie», *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Raccolta di Scritti-III, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 144-146.

²⁶ STOBER, R., *Derecho administrativo económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pp. 69 ss.

²⁷ ARIÑO, G., «La constitución económica», *La Constitución española de 1978*, Tomo X, EDR, Madrid, 1985, pp. 3-22. MARTÍN-RETORTILLO, S., «Constitución y constitucionalismo hoy», *Cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García-Pelayo*, Libris, Caracas, 2000, p. 169.

Esta desvinculación de la forma de Estado en el análisis de la constitución económica atenúa los efectos jurídicos del principio constitucional, situando el discurso en términos de continuidad e impidiendo que el análisis se traslade a un plano de confrontación entre modelos.

La elasticidad sin fin de esta formulación permite una transición tranquila hacia los nuevos principios económicos expresados por la constitución económica europea, sustrayéndose a la confrontación entre el Estado social y la nueva constitución económica. En ese sentido, la propuesta doctrinal comentada desnaturaliza la formulación constitucional del Estado social a través de una flexibilidad interpretativa casi ilimitada que posibilita a su vez, la caracterización de la nueva constitución económica como una consecuencia natural de la evolución del sistema que no se confronta con la regulación económica del constitucionalismo social.

Por el contrario, el planteamiento metodológico que se sigue en estas páginas es el que conecta Estado social y constitución económica. Los contenidos de la constitución económica del Estado social son los vínculos impuestos por esta forma de Estado y se materializan en la ruptura de la autonomía del vínculo económico. La desaparición de los vínculos sociales al mercado es paralela a la centralidad de este último en la definición de la intervención en los ámbitos social y económico. Esta circunstancia no sólo implica la contradicción entre el mercado y los límites de los vínculos del constitucionalismo social, sino sobre todo el establecimiento de una nueva constitución económica.

4. LA NUEVA CONSTITUCIÓN MATERIAL Y SUS COORDENADAS.

La identificación de la constitución material del Estado social resulta imprescindible para su confrontación con la gestada en el periodo de ruptura de esta forma de Estado. Aunque determinar los contenidos de esta última encierra dificultades, podemos destacar algunas manifestaciones de ruptura que ilustran la modificación de la constitución material del Estado social. A este respecto merece la pena poner de relieve aquellas orientaciones en las que se identifica a la Unión Europea como sujeto de la nueva constitución material²⁸.

Como se ha señalado, especialmente con el Tratado de Maastricht, la Unión Europea se configura como el ámbito normativo desde el que se sanciona la ruptura de los vínculos sociales al mercado que se establecen en el Estado social. La definición de la intervención social por y desde el mercado establece una nueva centralidad que implica la contradicción entre el vínculo económico y la integración del conflicto, estableciendo las bases de la nueva realidad material caracterizada por la centralidad del mercado. En

²⁸ AZZARITI, G., «La costituzione materiale e le forze politiche dominante», en A. CAELANI & S. LABRIOLA (a cura di), *Quaderni di Rassegna Parlamentare. La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 300-301.

este sentido, se ha señalado que el Tratado de la Unión representa el fin del Estado keynesiano, y la definitiva consolidación en el espacio transnacional europeo del modelo económico «Estado regulador»²⁹. Un modelo sancionado en el actual Tratado de Lisboa.

Sin embargo, es la progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico europeo lo que permitirá la sustracción a los condicionamientos del constitucionalismo social de los Estados miembros. Más aún, es el carácter supranacional del ordenamiento jurídico europeo junto a su configuración constitucional, lo que permite la determinación del nuevo orden político. La configuración de un ordenamiento autónomo como sistema orgánico capaz de superponerse a los Estados miembros y sobre todo, al constitucionalismo económico que emanaba de las constituciones nacionales vinculadas al Estado social, era una exigencia inherente a la propia construcción del mercado europeo. Lo que requería en primer lugar, mutar los orígenes internacionales de la Comunidades Europeas³⁰. De hecho, la construcción jurisprudencial de la CEE como ordenamiento supranacional (STJCE. As. C-6/1964 Costa–Enel), y las referencias en la jurisprudencia a la exigencia funcional de esta construcción para la construcción del mercado común³¹, explican la calificación de los Tratados como Constitución comunitaria en base a las exigencias de los objetivos de la Comunidad³².

No obstante, aunque el empleo del término Constitución haya encontrado resistencias en el debate europeo³³, lo relevante es que este proceso de

²⁹ LA SPINA, A. & MAJONE, G., *Lo stato Regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 20-35.

³⁰ CICIRIELLO, M. C., *La Comunità Europea e i suoi principi giuridici. Lezioni di diritto comunitario*, Scientifica, Napoli, 2004, pp. 37 ss. CATELANO, N. & SCARPA, R., *Principi di diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 16-17.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963, As. C-26/62 Van Gend en Loos. Para un análisis más detallado sobre el papel central desempeñado por el TJCE en el proceso de constitucionalización del orden europeo: FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La Corte di Giustizia quale elemento essenziale nella definizione di Costituzione Europea», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. ° 2. 1996, pp. 221-238.

³² PESCATORE, P., «Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice», en *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meerssoh*. Vol. II, Bruxelles, 1972, p. 362. KOTZUR, M., «Los objetivos de la Unión. Una contribución a la identidad y finalidad constitucional de la Unión Europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. ° 2, 2004, pp. 35 ss.

³³ Desde estas posiciones sólo tendría sentido hablar de Constitución europea en sentido descriptivo debido a la ausencia de una voluntad constituyente. A tal efecto se señala que «la expresión empleada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades al referirse a los Tratados europeos en términos de ‘carta constitucional’, se limitaría a poner de relieve que en el ámbito del ordenamiento comunitario los Tratados son una ley superior pero, no necesariamente que se esté en presencia de una Constitución». ANZON, A., «La

constitucionalización del ordenamiento de la Unión coincide cronológicamente con los primeros síntomas de desgaste del Estado social. A mediados de los setenta, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas inaugura el ciclo de pronunciamientos judiciales en los que se refiere a los Tratados Comunitarios como Constituciones europeas. En particular, con la sentencia *Les Verts/ Parlamento Europeo* (As. C-249/83), el juez comunitario establece el principio de acuerdo con el cual, «la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de derecho, en el sentido que ni los Estados que forman parte de la misma, ni sus instituciones están sustraídos al control de conformidad de sus actos con la carta constitucional de base constituida por el Tratado» (Considerando 23).

La Comunidad como Comunidad de derecho despliega sus efectos de legitimación y control interno salvaguardando la decisión política fundamental del ordenamiento europeo, «economía abierta y de libre competencia»³⁴. Bases normativas que permiten la unificación del ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos nacionales superando la tensión entre la constitución formal nacional vinculada al constitucionalismo social, y el ordenamiento europeo vinculado al constitucionalismo de mercado.

La formulación de la constitución compuesta³⁵ teoriza el momento unificador descrito. Sin embargo, conviene establecer algunas precisiones a propósito de sus presupuestos. En primer lugar, los defensores de la propuesta niegan la presencia de jerarquía entre los distintos niveles, el comunitario como sistema único, que a su vez está compuesto por la Unión y los Estados. «No hay a priori supremacía ni del derecho europeo ni de las constituciones nacionales. El simple hecho de que la constitución europea se inspire y comprenda a las constituciones nacionales, o se base en la voluntad común de los ciudadanos de todos los Estados Miembros, no implica como tal jerarquía alguna»³⁶.

No obstante, y en segundo lugar, en la medida en que desde la teoría de la constitución compuesta se postula la unitaria consideración del ordenamiento compuesto, «ambos sistemas legales coexisten pero como parte de un único sistema que tiene que producir en último término una única

Costituzione europea come problema», en A. D'ANTENA & E. LANCILLOTA (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea. Costituzionalismo antico e moderno*, Tored, Roma, 2003, p. 308.

³⁴ CANTARO, A., *Europa sovrana*, Dedalo, Bari, 2003, pp. 71 ss.

³⁵ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European constitution-making revisited?», *Common Market Law Review*, Vol. 36, n. ° 4, 1999, pp. 703-750. CASSESE, S., «L'Unione Europea come organizzazione pubblica composita», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. ° 5, 2000, pp. 987-993.

³⁶ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism in the European Union», *European Law Review*, n. ° 27, 2002, p. 520.

respuesta legal para cada caso»³⁷, se impone inevitablemente la absorción del constitucionalismo de los Estados miembros por el constitucionalismo de mercado europeo.

Sobre la base de la primacía de la Constitución Europea se resuelve la confrontación entre constitucionalismo social y ordenamiento europeo que se disuelve normativamente. El derecho del conglomerado de la integración ha realizado la transformación en un orden jerárquico³⁸ que actúa con efectos absorbentes sobre el constitucionalismo nacional. En particular, desde el orden del mercado se realiza la transformación del constitucionalismo social estatal resolviendo la contradicción normativamente³⁹.

4.1. La constitución económica europea.

La constitución económica europea es el paradigma de las transformaciones introducidas por la nueva realidad constitucional europea. Si la constitución económica del Estado social representa el principal ámbito de materialización de las transformaciones incorporadas por esta forma de Estado, la constitución económica europea se erige como el paradigma de los cambios demandados desde la estancia europea que se caracterizan por su oposición y ruptura con los del Estado social. De hecho, desde sus inicios el proceso de integración europeo nació con vocación de ruptura de los vínculos sociales al mercado introducidos por el Estado social.

La ausencia de un dispositivo social en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas lejos de obedecer a un descuido intencional o a un «marxismo preterintencional de los padres fundadores»⁴⁰, tiene su *leifmotiv* en la decisión política fundamental asumida por los Tratados originarios, y que perdura en la actualidad, de dar vida a una economía abierta y de libre competencia. La recepción normativa de este objetivo se vio complementada con la articulación de una serie de mecanismos dirigidos a su tutela y garantía que se traducían en una desnaturalización y desconstitucionalización a escala europea de los principios constitucionales adscritos al Estado social.

La constitución y garantía del vínculo económico en detrimento del primado de la política constituye el referente exclusivo y excluyente del proyecto de integración. La centralidad del vínculo económico determinante del imperativo constitucional europeo del mercado primero común y después interior, es el soporte desde el que se articulan las nuevas relaciones fruto del proyecto de la integración europea. Por lo tanto, la falta inicial de

³⁷ PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism in the European Union», op.cit., p. 520.

³⁸ NETTESHEIM, M., «El significado constitucional de la primacía del derecho comunitario/de la Unión», *Revista española de derecho europeo*, n.º 6, 2003, p. 285.

³⁹ MAESTRO BUELGA, G., «El Tratado de Lisboa y la Constitución Económica», op.cit., pp. 54-56.

⁴⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R., «La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione Europea», *Lavoro e Diritto*, Vol. 4, 2000, pp. 608-609.

medidas normativas que se materializaran en una intervención correctora y consiguiente condicionamiento del mercado, es funcional a la configuración del proceso europeo como proceso de afirmación de la centralidad y garantía del mercado⁴¹.

La autonomía del mercado es incompatible con el gobierno del mercado, y para preservar esta autonomía es necesario dismantelar los vínculos impuestos al sistema económico. La desaparición de estos vínculos lleva aparejada una nueva centralidad que no es otra que la centralidad del mercado en la definición de la intervención social y económica. Esto supone la ruptura del vínculo social como elemento que da forma a la constitución económica del Estado social, y su sustitución por el vínculo económico que se diferencia del primero tanto desde el punto de vista de su dimensión normativa, como del significado que otorga a los elementos estructurales del constitucionalismo social.

La nueva forma de articulación de las relaciones de poder entre la dimensión estatal y la económica como decisión política fundamental en torno a la que se articulan los valores y las instituciones en las que estos se materializan, sitúa al mercado como elemento nuclear que legitima a la nueva realidad constitucional. Todos aquellos valores que conectan con la centralidad del mercado (economía social de mercado, libre competencia, libertades económicas, competitividad, saneamiento y sostenibilidad presupuestarios) son valores que el modo de ser político de la Unión considera irrenunciables.

El nuevo compromiso del poder público en la tutela de la autonomía del mercado que incorpora el constitucionalismo de la Unión, actúa de límite a los vínculos del constitucionalismo social.

4.2. Constitucionalismo económico de mercado c. Constitucionalismo económico social

De acuerdo con el artículo 3 del TUE: «3.1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos. 3.2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas (...). 3.3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social (...).». Se establece además, que la Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros».

Como puede observarse, ha desaparecido de entre los objetivos de la Unión «la competencia libre y no falseada» que figuraba en el artículo I-3.2 del Tratado Constitucional. Una de las principales exigencias durante la fase

⁴¹ HATJE, A., «Wirtschaftsverfassung», en A. VON BOGDANGY (dir), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2003, pp. 744 ss.

de negociación que esgrimió el gobierno francés, y que fue vista como un guiño a los electores franceses que rechazaron la Constitución en el referendo de 2005. No obstante, se trata de un cambio cosmético con escasas repercusiones jurídicas puesto que empleando una técnica legislativa ya ensayada con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), se recupera todo el impacto normativo del principio.

En concreto, en el punto 16 de las conclusiones presentadas por la Presidencia del Consejo⁴², se establece que se anexará al Tratado reformado un Protocolo sobre mercado interior y competencia que se configurará como el marco de referencia para la interpretación del nuevo artículo 3 del Tratado de Lisboa. «Las Altas Partes Contratantes, considerando que el mercado interior tal como se establece en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se distorsione la competencia, han acordado que, para ello, la Unión deberá actuar, en caso necesario, con arreglo a las disposiciones de los Tratados, incluso con arreglo al artículo 308 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión».

De nuevo, la constitución económica europea condiciona el proceso europeo determinando su contenido. La comparación, incluso literal, de los Tratados con el texto de Lisboa, clarifica la centralidad de los postulados de la integración económica. Se confirma la preeminencia de la estabilidad de precios como principio rector para todas las instituciones de la Unión Europea cuando actúen en materia económica, y para los Estados miembros en la elaboración y aplicación de sus políticas nacionales y en la coordinación de estas últimas en el espacio europeo. Paralelamente, la referencia expresa al establecimiento de la UEM como objetivo básico de la integración económica (artículo 3.4 del TUE) reproduciendo la estructura de la gobernanza económica europea vigente desde el Tratado de Maastricht, consolida las garantías vinculadas a la tutela del mercado que condicionan a la dimensión social a su compatibilidad subalterna.

El propio artículo en su apartado tercero, rescata la expresión del nonato Tratado Constitucional «economía social de mercado altamente competitiva», que dista de representar un avance en el proceso de incorporación a la constitución económica europea de previsiones dirigidas a reequilibrar las relaciones entre la integración económica y la integración social. Más bien, ésta se articula en torno al paradigma de la «economía de mercado abierta y de libre competencia» como modelo económico del constitucionalismo de mercado europeo que determina los espacios para su realización. En particular, los poderes públicos intervienen al objeto de hacer compatibles las estructuras sociales con el libre y competitivo mercado concurrencial a través de la subordinación de las primeras al segundo.

La incorporación de la economía social de mercado tiene su origen en las propuestas del Grupo XI «Europa Social» y, en menor grado, en las del Gru-

⁴² Conclusiones de la Presidencia–Bruselas, 21/22 de junio de 2007. 11177/1/07 REV1.

po IV «Gobernanza económica»⁴³. Desde un sector doctrinal se ha destacado que la interpretación de la expresión «economía social de mercado» por parte de estos grupos de trabajo era muy distinta. De hecho, el Grupo «Europa Social» no proponía la incorporación de este concepto ni en los mismos términos, ni con el mismo significado atribuido por el de la «Gobernanza económica». Concretamente, este último sugería en sus recomendaciones que los objetivos económicos y sociales quedaban recogidos en el Tratado constitucional, y que debían basarse en el contenido de los artículos 2, 3 y 4 del TCE (sustituídos por el artículo 3 del TUE, y por el artículo 119 del TFUE). Considerando, por lo tanto, que la economía social de mercado se manifestaba como modelo en el contenido de estos preceptos.

Desde el Grupo «Europa Social» la propuesta se articulaba en términos muy diferentes. La economía social de mercado se configura como nexo de unión entre el desarrollo económico y social, vinculándola en el apartado segundo de su informe a la exigencia de «equiparación, y no de subordinación, entre los objetivos sociales y los objetivos económicos»⁴⁴. De esta manera se manifestaba el intento de reequilibrio entre dimensión social y económica en la integración europea. Pero todavía más, se consideraba que la fórmula «economía social de mercado» se confrontaba con la que se recogía en el artículo 4 del TCE, «economía de mercado abierta y de libre competencia»⁴⁵.

La expresión finalmente incorporada fue muy distinta, limitando la interpretación aportada en las reflexiones del informe definitivo del Grupo XI. La acotación «altamente competitiva», completa a la economía social de mercado desnaturalizando el compromiso que incorporaba entre integración negativa e integración positiva en base a las apreciaciones de los integrantes del Grupo «Europa Social». La economía social de mercado altamente competitiva no se erige como paradigma definidor del modelo de constitución económica, sino que como ya adelantara el grupo de la gobernanza económica, su verdadero significado se desprende de su vinculación con el resto de disposiciones del Tratado.

Por ello, el nuevo dictado normativo debe de ponerse en relación con los preceptos de la política económica y monetaria. Disposiciones que se limitan a reproducir estas políticas tal y como estaban configuradas en el TCE, reconduciendo el modelo a la fórmula de la economía de mercado abierta y de libre competencia⁴⁶. Se confirma la disposición de la gobernanza económica europea de Maastricht (artículos 119-133 del TFUE), en la que la

⁴³ CONV 357/02. Informe definitivo del Grupo IV «Gobernanza económica».

⁴⁴ CONV 516/1/03 REV 1, Informe final del Grupo XI «Europa Social», p. 8.

⁴⁵ CONV 516/1/03, op.cit., p. 10.

⁴⁶ Miccú, R., «Finalismo dell'Unione ed economia sociale di mercato: modello (obsoleto) o 'principio di speranza' del costituzionalismo europeo», *Diritto e Cultura*, n.º 1-2, 2003, págs. 134-135.

política monetaria se caracteriza por una intervención disciplinaria dirigida a la preservación del modelo de constitución económica de los Tratados. En particular, en la dirección económica de la Unión los preceptos claves se sitúan en el ya mencionado artículo 119 del TFUE, y en el artículo 120 del TFUE. De la lectura conjunta de ambas disposiciones se deriva que la Unión no tiene libertad en la definición de su política económica, sobre todo porque ésta ha de realizarse de acuerdo con el principio de economía abierta y de libre competencia (artículo 120), y los principios de precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable (artículo 119.3). Un contenido que limita la capacidad de dirección económica de las orientaciones generales de la política económica. Su función no es condicionar el mercado, sino controlar el comportamiento de los Estados con respecto a las condiciones de sanidad del sistema mencionadas. Esta debilidad de la política económica contrasta con la fortaleza de la política monetaria que materializa el momento de control como tutela-garantía de la autonomía del mercado. El instrumento fundamental para su actuación aparece recogido en el artículo 126 del TFUE, la estabilidad presupuestaria. El efecto de la disciplina presupuestaria es que actúa como límite de los tradicionales instrumentos intervencionistas estatales en materia económica, fundamentalmente el gasto social, actuando como factor de erosión del vínculo social⁴⁷

Al mismo tiempo, el alcance constitucional de todas las disposiciones fundamentales que conforman el gobierno de la moneda única pone de relieve que el objetivo de la estabilidad de precios y el derecho-deber de la independencia de las instituciones monetarias tanto a nivel nacional como europeo, son objetivos y requisitos fundamentales en la consolidación y en el avance del proceso de integración europea⁴⁸.

También con relación a los objetivos de política económica, el artículo 126 del TFUE reproduce literalmente el texto del antiguo artículo 104 del TCE. Desde esta perspectiva se ha destacado que «la constitución económica europea condiciona el atípico proceso constituyente europeo, determinando su contenido. Los contenidos relativos a la tutela y la preeminencia del mercado, a las condiciones sanitarias de su funcionamiento y a la primacía de las reglas técnicas en contraposición a la lógica política en la intervención, continúan inmutables»⁴⁹.

⁴⁷ MAESTRO BUELGA, G., «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 64, 2002, pp. 201-207

⁴⁸ MICCÚ, R., «Finalismo dell'Unione ed economia sociale di mercato: modello (obsoleto) o 'principio di speranza' del costituzionalismo europeo», op.cit., pp. 149-150.

⁴⁹ MAESTRO BUELGA, G., «Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europea*, n.º 8, 2007, p. 64.

Por ello, en el Tratado de Lisboa la tensión entre autonomía del mercado e intervención condicionadora sobre éste, se resuelve claramente a favor del mercado que permanece ajeno a cualquier condicionante normativo. Sólo resta añadir que después del debate de la Convención, el modelo de constitución económica no superó la formulación de los artículos 2, 3 y 4 del TCE (actual artículo 3 del TUE, y artículo 119 TFUE), manteniéndose la configuración del modelo en los términos descritos.

De tal forma que la expresión del artículo 3.3 del TUE «economía social de mercado altamente competitiva», dista de representar un avance en el proceso de incorporación a la constitución económica europea de previsiones dirigidas a reequilibrar las relaciones entre la integración económica y la integración social. Más bien, ésta se articula en torno al paradigma de la «economía de mercado abierta y de libre competencia» como modelo económico del constitucionalismo de mercado europeo que determina los espacios para su realización. Por eso, la vinculación de la economía social de mercado al constitucionalismo social y económico de la forma de Estado social es, cuanto menos, cuestionable.

La articulación de las relaciones política–economía que se establecen desde la economía social de mercado altamente competitiva, difiere de las del modelo constitucional gestado a finales de la segunda guerra mundial en el que se establecía un equilibrio entre las dimensiones social y económica. Frente a la constitucionalización del Estado social, el proyecto europeo se vincula desde sus orígenes a las propuestas de la Escuela de Friburgo. De ahí la interpretación de que la constitución económica de la CEE fuera el refugio de la corriente ordoliberal frente a la deriva social–interventora del constitucionalismo del Estado social en la posguerra⁵⁰; es más, la economía social de mercado pertenece a esta tradición y recupera la propuesta original⁵¹.

En la propuesta ordoliberal la constitución económica se presenta como opuesta a la constitución económica del constitucionalismo social. Se trata de una regulación indirecta y no de una dirección estatal del sistema económico. De hecho, en la regulación indirecta el poder político establece las condiciones estructurales para el funcionamiento efectivo del proceso, siendo el vínculo económico el que define los límites de la esfera pública en el mercado, y el derecho de la competencia como garantía de la competencia regulada el que rige su funcionamiento.

En este núcleo político económico, la competencia actúa con un carácter constructivo dirigido a restituir su papel como fuerza estimuladora y medio de organización social a través de acciones dirigidas a conservar y a esta-

⁵⁰ JOERGES, Chr., «Que reste –t-il de la Constitution économique européenne après la constitutionnalisation de l'Europe – Une rétrospective mélancolique», en *Cahiers Européens de Science*, n. ° 1, 2005, pp. 15-19.

⁵¹ JOERGES, Chr & Rödl, F., «Social market economy as Europe's social model?», *EUI WP LAW*, n. ° 8, 2004, pp. 19-20.

bilizar la eficiencia económica de la competencia. Precisamente, para los teóricos del ordoliberalismo el objetivo de la «Vollständiger Wettbewerb», traducido como «competencia perfecta», constituye la esencia del orden económico, haciendo de ella el principio guía de la política gubernamental⁵².

La teorización que se efectúa de la competencia materializa el abandono tanto del postulado liberal del no intervencionismo, como del postulado social del intervencionismo corrector de las desigualdades socio-económicas que genera el mercado. Con respecto al paradigma liberal, porque la garantía de la competencia perfecta se convierte en el problema fundamental para el que el poder público es a su vez, un mecanismo indispensable. La existencia de una economía con libre competencia es garantizada por el Estado que ejerce un papel constitutivo en el orden de mercado que deja de ser espontáneo.

La división de espacios público y privado desaparece en el marco de la propuesta ordoliberal. Con respecto al constitucionalismo social, porque la competencia además de actuar como mecanismo legitimador de la intervención estatal, lo hace como límite a una mayor intervención del Estado en la economía, dado que «la legitimidad de la intervención estatal es la garantía de la competencia, que es la garantía del mercado libre»⁵³. El Estado sólo interviene cuando las condiciones del mercado ponen en peligro la competencia que es la que define el espacio de poder político y su ámbito de realización. Desde esta perspectiva, se produce una funcionalización de la política que invierte la relación entre economía y política forjada en el Estado social.

Resta por referirse al segundo de los elementos significativos del pensamiento ordoliberal en cuanto a su incidencia en el ordenamiento europeo, especialmente, tras su introducción formal en el Tratado de Lisboa. La apertura al intervencionismo estatal permite una ampliación del espacio público que se extiende a la política social y a la intervención sobre la coyuntura. La «economía social de mercado» en las formulaciones de Friburgo se considera sin embargo, siempre subordinada a la lógica del mercado, encontrando sus límites en la preservación de éste último.

Así, aunque la economía social de mercado se basa en una competencia constructiva desarrollada en el terreno de la calidad y la eficiencia que exige la conexión con campos de acción limítrofe a la economía como son el de la acción social, el fomento del objetivo social de la economía social de mercado actúa de una manera consustancial con los principios del mercado. De hecho, entre los fines sociales figura la protección de la competencia. También la política económica activa debe limitarse a adoptar medidas orientadas

⁵² BÖHM, F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, 1936.

⁵³ GARCÍA HERRERA, M. A & MAESTRO BUELGA, G., «Dirección económica y mercado en la Constitución europea», *Cuestiones Constitucionales*, n.º 15. 2006, p. 144.

al mercado y definidas como «medidas que aseguran la finalidad social sin deteriorar ni entorpecer el mecanismo del mercado»⁵⁴.

Por eso, en la economía social de mercado todas las políticas sociales están subordinadas a la lógica del mercado en la que tienen sus límites. Lo decisivo en la política social es la renuncia a intentar llevar a cabo reformas sociales mediante intervenciones que alteren el equilibrio del mercado. Se trata de sustituir las manipulaciones directas por una política social indirecta que en modo alguno pueda originar un bloqueo del mercado económico y, en última instancia, la renuncia a toda política social que no sea conforme al mercado⁵⁵.

Esta remercantilización del vínculo social es especialmente visible en la política de empleo de la Unión. De hecho, las políticas económicas y monetarias aparecen como el marco de definición de la política de empleo europea. El dispositivo con el que cuenta la UE para la dirección de la política económica son las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión (OGPE), y de forma subordinada, la coordinación de las políticas de empleo. La legitimidad de ambos instrumentos se establece en el artículo 119 del TFUE «estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros». Competencialmente, esta legitimidad se especifica en los artículos 120 y 121 del TFUE, para la política económica, y 145 y 146 del TFUE, para la política de empleo. Si bien la panoplia instrumental en política económica puede ser en un primer momento confusa, lo cierto es que la intervención económica y la del empleo carecen de la misma relevancia en el gobierno económico europeo.

La coordinación de las actuaciones de los Estados miembros en materia de empleo tiene lugar en el seno del Consejo (artículo 146.2 del TFUE). Además, el peso de la intergubernamentalidad se acentúa con respecto a las OGPE en las que la dirección comunitaria si está claramente formulada, y desde el punto de vista competencial, se configura como una función de *indirizzo* general cuyo punto de partida es la Comisión y su configuración formal corresponde al Consejo (artículo 121. 2 del TFUE). Al mismo tiempo, los mecanismos de control se atenúan, «informe conjunto anual elaborado por la Comisión y el Consejo» (artículo 148.1 del TFUE). Desde esta perspectiva, su posible vinculación a los Estados miembros se relativiza comprometiendo la función de dirección que pudieran cumplir, lo que impide el reconocimiento de una política de empleo europea.

Cuestión que no es de extrañar si se tiene en cuenta la preeminencia de los objetivos económicos que sitúan a la política de empleo en una posición subalterna, limitando su capacidad de influir en la política económica. In-

⁵⁴ MÜLLER-ARMACK, A., *Soziale Marktwirtschaft und Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Haupt, Stuttgart, 1976, p. 243.

⁵⁵ MÜLLER-ARMACK, A., *Soziale Marktwirtschaft und Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, op.cit., pp. 244-245.

virtiendo de esta manera la relación que caracteriza a estos espacios en el Estado social. Por una parte, la política de empleo tiene que ser compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión (artículo 146.1 del TFUE), siendo el principio fundamental la estabilidad macroeconómica que desempeña funciones de dirección negativa. Por otra, la ausencia de sanciones ante una eventual inobservancia de estas orientaciones en materia de empleo, contrasta con el sistema de medidas que si se prevén en materia de déficit público excesivo (artículo 126.11 del TFUE). Por último, la formulación del fomento del empleo no como objetivo, sino como un «asunto de interés común», expresión con una más que considerable densidad normativa, imposibilita su reconducción a un reconocimiento del trabajo en sentido político-jurídico.

El objetivo «tendente al pleno empleo» formulado por el artículo 3.3 del TUE, y a cuyo logro contribuirán las políticas de empleo de los Estados miembros, implica la adopción de mecanismos compatibles con los parámetros de la constitución económica europea. Y donde los nuevos factores de la capacitación y la flexiguridad asumen la centralidad reservada en la constitución económica del Estado social a las políticas intervencionistas del pleno empleo, en los términos de potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico (artículo 145 del TFUE).

Desde esta óptica, los intentos por reequilibrar los contenidos de la constitución económica europea, estabilidad monetaria y equilibrio macroeconómico, con la promoción de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, son baldíos. Fundamentalmente, porque es el principio organizativo de conformidad con el mercado interior, el que determina la debilidad y subalternidad de la dimensión macroeconómica de las políticas de empleo.

Estas referencias contribuyen a poner de relieve la funcionalidad de la intervención pública ordoliberal al mercado y a la garantía de su funcionamiento, así como también la subordinación de la política social al mercado a través de su compatibilidad subalterna.

4.3. La justicia social competitiva.

Con relación a la dimensión social del constitucionalismo de mercado europeo, está condicionada por los principios fundamentales del nuevo modelo: el mercado y la competencia. La determinación del nivel apropiado de intervención pública en el mercado se desplaza al propio mercado como espacio de actuación y promoción de la competencia interterritorial. Es el diseño político-económico europeo de la economía de mercado abierta y de libre competencia como mecanismo desregulador de los vínculos políticos del Estado social y garante institucional de los mecanismos de mercado.

La ausencia de mecanismos jurídicos vinculados a las tradiciones del constitucionalismo social en el espacio transnacional que ofrezcan una res-

puesta a la demanda de la distribución, traslada al ámbito social la competencia interterritorial en el seno de la Unión Europea. La competencia define el espacio de intervención que ahora es el mercado, es decir, la competencia como decisión constitucional no sólo se limita a configurar el ámbito de protección del mercado contra las tendencias a la concentración económica que pudieran distorsionar su efectiva realización, sino que se articula como espacio del intervencionismo económico del constitucionalismo de mercado frente a la intervención económica del Estado social⁵⁶.

Al mismo tiempo, la competencia actúa redefiniendo la justicia social que ahora es una justicia social competitiva desde una doble perspectiva. La justicia social se convierte en un coste externo que graba al mercado dificultando la maximización de la competencia e invirtiendo el carácter de la intervención social de la constitución económica del Estado social. Para evitarlo, la justicia social deja de ser un concepto ajeno a los requerimientos del mercado para encontrar en éste el espacio para su actuación. La colonización mercantilista de la justicia social conlleva una retirada de los vínculos sociales en la construcción del nuevo paradigma⁵⁷.

La despublificación de la justicia social supone la consolidación del mercado interior como referente primario determinante del nuevo contenido de la justicia social, en el que la protección y las políticas de tipo distributivo ceden paso al logro del éxito competitivo y productivo que se convierten en los mecanismos de defensa de la justicia social nacional. Pero además, la búsqueda y persecución de mejoras en el ámbito productivo y en términos de competitividad, se realiza utilizando la política en el interior y con el mercado, corroborando la vinculación de la mejora de las condiciones de bienestar social a la construcción del mercado formulada en los Tratados originarios.

El contenido de la justicia social no es la redistribución porque redistribuir significa corregir la actuación del mercado, y por lo tanto, actuar sobre la competencia. Por eso, el activo social de la sistemática de la Unión Europea se configura desde la institución del mercado interior, principal motor del proceso de integración. En el proyecto europeo definido conforme a una «economía social de mercado altamente competitiva», la ausencia de una política social europea desvinculada del mercado se justifica no en las reservas a la autonomía social de los gobiernos nacionales, sino en el condicionante de su conformidad con el mercado⁵⁸.

De tal manera que la intervención social de las instituciones europeas es legítima si está justificada por las exigencias del modelo de justicia social

⁵⁶ MAESTRO BUELGA, G., «El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el modelo social europeo», *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 23, 2006, pp. 29-30.

⁵⁷ MAESTRO BUELGA, G. «El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el modelo social europeo», *Revista de Derecho comunitario europeo*, op.cit., pp. 29-30.

⁵⁸ BARCELLONA, P., «Crisi dello Stato sociale e strategia dei diritti: un'ipotesi critica», *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, pp. 1697-1722.

competitiva que determina el tránsito a un modelo social correspondiente al constitucionalismo de mercado europeo, en el que la subordinación de la política social a los imperativos del mercado interior y la libre competencia ilustran la ruptura del modelo, y la intrínseca potencialidad negativa del derecho de la competencia es una cuestión de coherencia con el nuevo modelo. La nueva justicia social se diferencia de la de tipo distributivo orientada a la corrección del mercado que actuaba en el Estado social. En ésta la competencia se configura como el ámbito de actuación exclusivo y excluyente de la intervención social. Sin embargo, no se trata de actuar sobre la competencia, sino de mejorarla a través del aumento de las condiciones de competencia nacionales en el mercado interior económico constitucionalizado, autonomía de mercado y libre competencia.

Unas reflexiones que se confirman a través del análisis del estado de la integración positiva en el Tratado de Lisboa.

4.4. El modelo social europeo.

Tomando como referencia los contenidos del ya citado artículo 3.3 del TUE, se pueden efectuar las siguientes consideraciones. En primer lugar, en el Tratado de Lisboa, el mercado interior abandona su conexión con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, para situarse junto con los objetivos sociales ya descritos. La cuestión que suscita su inclusión es si ésta supone que en el Tratado de Lisboa «no hay únicamente una mayor ligazón y cohesión entre los objetivos económicos y sociales y su compatibilidad debe ser más evidente, sino que además se visualiza, con más retórica, la voluntad de profundizar en la dimensión social del proceso de integración europea»⁵⁹; o si por el contrario, el Tratado de Lisboa no hace sino profundizar en la preeminencia de la integración negativa reforzándola a través de la inclusión del paradigma del mercado interior como referente en el que el dispositivo social encuentra sus límites.

A tal fin resulta clarificadora la relación entre fines y medios, porque los medios determinan a los objetivos de la Unión en una relación extraña al constitucionalismo democrático. Los objetivos establecidos en el artículo 3.3 tienen un condicionamiento fundamental, se deben de realizar mediante el mercado interior y la UEM, así como las previsiones del «Protocolo sobre mercado interior y competencia». Concretamente, de acuerdo con el citado Protocolo, «el mercado interior tal y como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia».

Por ello, el artículo 3.3 debe ponerse en contacto con las disposiciones que reproducen las políticas definidas en el artículo 119 del TFUE, reafir-

⁵⁹ En este sentido: OLESTI RAYO, A., «La dimensión social del Tratado de Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, p. 587.

mando la reconducción del modelo a la 'economía de mercado y de libre competencia'. De tal forma que los medios vinculados a los principios del mercado y de la UEM, determinan el alcance de los fines de la Unión. Los objetivos sociales que se contemplan sólo pueden materializarse a través de su subordinación a las exigencias del mercado. El mercado interior y la libre competencia aparecen de nuevo como la decisión de principio del sistema que condiciona y preside el ordenamiento jurídico europeo, tal y como determinan los medios. Implican una jerarquización de los objetivos del artículo 3 del TUE, que confirma la continuidad del modelo de constitución económica respecto a los Tratados anteriores.

Desde estos parámetros deben interpretarse formulaciones como «la economía social de mercado altamente competitiva», que lejos de suponer una socialización de los objetivos de la UE, tienen en la tutela y garantía del mercado y las condiciones para su funcionamiento, su verdadera materialización normativa. La lógica del modelo desnaturaliza la expresión limitándola a la apertura de espacios de intervención subordinados a la preeminencia del mercado. Tal y como ya estableciera en su informe definitivo el Grupo IV 'Gobernanza Económica', la apostilla «altamente competitiva» privaba a la economía social de mercado de esa pretendida conexión con el modelo social europeo, situándola en el contexto de la constitución económica de los Tratados.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta la omisión de toda referencia al modelo social europeo tanto en relación con los objetivos sociales, como con la caracterización de la dimensión social del proceso de integración europeo y los valores sobre los que se fundamenta la Unión. Frente a las demandas del Grupo XI «Europa Social» para que la definición de los objetivos de la Unión contuviera una referencia al modelo social europeo, las dificultades para la definición y funciones que cumple este modelo condujeron a los miembros del Grupo «Europa Social» a tomar como referentes a documentos políticos como las conclusiones de la Presidencia de Barcelona o la Estrategia de Lisboa, en los que el contenido del modelo social europeo se aborda en términos de «buenos resultados económicos, la competitividad, un alto nivel de protección social y educación y el diálogo social», o bajo el rótulo de la «Modernización».

Con respecto a la agenda de Lisboa, la modernización, de acuerdo con las propias formulaciones del Consejo, significa reforma de los sistemas de bienestar nacionales en la lógica de construcción de un «Estado activo de bienestar». Estableciendo una contraposición entre competitividad económica y los modelos de protección social herederos de la tradición del Estado Social, en la que la competitividad económica tiene una posición preferente. En las sucesivas manifestaciones de las instituciones comunitarias como es el Consejo de Barcelona, esta centralidad del mercado en la definición del modelo social europeo no hace sino confirmarse, porque el modelo social

européo expresa la subordinación de la política social a las exigencias del mercado y la competitividad económica.

Por lo tanto, este modelo no es el gestado en el Estado social, sino el que sanciona la primacía del mercado. El análisis de las políticas sociales y de empleo de la Unión, permite confirmar los caracteres de la naturaleza del modelo social del constitucionalismo de mercado europeo. De hecho, tal y como ponían de relieve las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Niza de 2000 (apartado 12), la dimensión normativa del modelo social europeo, «se ha desarrollado a lo largo de los últimos cuarenta años a través de un acervo comunitario sustancial que los Tratados de Maastricht a Ámsterdam han permitido reforzar considerablemente, junto a normas de derecho derivado referidas a la libre circulación de trabajadores, la igualdad de género en el ámbito laboral, salud y condiciones de trabajo de los trabajadores...». Mencionándose también los capítulos sociales de los Tratados y, en especial, el del empleo introducido por Ámsterdam. A este respecto podemos señalar que el Título IX del TFUE, reproduce los contenidos del Título VIII de Ámsterdam. En el Tratado de Lisboa, el pleno empleo no figura entre los objetivos del artículo 3.3 del TUE. La expresión «tendente al pleno empleo» lo aleja de los enunciados constitucionales de la posguerra. Tampoco las disposiciones del Título IX son capaces de introducir contenidos significativos que corrijan la fuerte asimetría entre integración negativa e integración positiva.

Con relación a la política social, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 151 TUE, la política social deberá de hacer las cuentas con la necesidad de salvaguardar la competitividad de la economía europea. Además, el párrafo tercero de la disposición establece que los distintos objetivos sociales contemplados por la norma serán obtenidos en primer lugar, por el funcionamiento del mercado interior que favorecerá a su vez, la armonización de los sistemas sociales. De esta manera, la política social está sometida a un balance desigual con las exigencias monetarias de eficiencia económica y estabilidad presupuestaria en las que el medio para su realización, unas finanzas públicas saneadas, no sólo está en un nivel jerárquico superior al fin social, sino que además, determina su alcance jurídico real.

En tercer lugar, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se incluye en el artículo 6.1 del TUE. «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Aunque a diferencia del malogrado Tratado Constitucional, la CDFUE no se integra en sentido físico, sino que se incorpora al ordenamiento jurídico europeo a través de una técnica jurídica de remisión que la desconstitucionaliza del sistema de los Tratados. Esto supone que aun atribuyéndole un valor igual al del TUE y el TFUE, la Carta de Derechos abandona el limbo de la región

vaporosa de las declaraciones solemnes, se trata de una «normatividad comunitaria»⁶⁰ atenuada o debilitada.

Además, la remisión a la misma tal y como fue adoptada el 7 de diciembre de 2007, implica que la versión de referencia es la del documento normativo que fue incorporado al proyecto de Constitución Europea, es decir, la CDFUE de diciembre de 2000, en el que en las disposiciones generales que determinan el alcance y los límites de los derechos del texto de Niza, tienen un papel determinante los valores del mercado que terminan por desnaturalizar a los derechos sociales subordinándolos al vínculo económico.

Concretamente, el principio de indivisibilidad, considerado como una de las aportaciones más significativas de la CDFUE, está comprometido a tenor de la distinción entre derechos y principios que establece el artículo 51.1. Se trata de una fórmula un tanto farragosa que la propia sistemática de la Carta no ayuda a aclarar. Por un lado, las instituciones y órganos de la Unión, así como los Estados miembros, únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión, respetarán los derechos, y cualquier limitación en su ejercicio y en el de las libertades deberá establecerse por ley y respetar en todo caso el contenido esencial del derecho (artículo 52.1). Como puede observarse, a diferencia de las libertades y los derechos, los principios no imponen a la UE y a los Estados la obligación de preservar su contenido esencial (del que dado el silencio de la Carta al respecto, a priori carecen), sino de observarlos y promover su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias.

Analizando la redacción de ambos preceptos, el artículo 51 en combinación con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 52, se puede llegar a la conclusión de que ambas categorías (los derechos y las libertades, de una parte, y los principios, de otra), obedecen al menos a una naturaleza jurídica diversa. La Carta contendría por un lado, derechos fundamentales en el sentido estricto del término, y otros que sólo empleando una noción más amplia de la expresión pueden ser calificados como tales⁶¹.

El texto no identifica a esos otros derechos que deben de ser calificados como principios, sino que generaliza la noción de derechos fundamentales en un intento de preservar el objetivo de la indivisibilidad de los derechos que el propio texto proclama. No obstante, son precisamente los derechos inspirados en el valor de la solidaridad los que se configuran propiamente como objetivos de política social y principios sociales.

En todo caso, la cuestión de fondo sobre los principios sociales es el amplio margen de discrecionalidad que establecen los límites previstos en el artículo 52. Determinar cuál es el grado de disponibilidad legislativa en la realización de los principios con un contenido prestacional, y cuál es la

⁶⁰ Expresión empleada por MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 170.

⁶¹ RUBIO LORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 64, 2002, pp. 36-40.

competencia que la vía jurisdiccional tiene en esta materia, son los interrogantes más importantes que suscita el texto. Con respecto al papel activo o activismo judicial, teniendo en cuenta que «pasar por alto la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales nacionales y todavía más del europeo, que han basado su propia identidad en torno al abandono de la consideración pasiva en los enfrentamientos con el legislador»⁶², está probablemente destinado a revelarse como ineficaz.

Las omisiones legislativas bendecidas por las jurisprudencias constitucionales nacionales estarían conectadas a las transformaciones de las garantías ofrecidas por el Estado Social y a la sostenibilidad financiera de los sistemas de bienestar que son a su vez, el reflejo de los postulados de la nueva constitución económica europea. Si la disciplina europea persigue la supremacía económica que condiciona la evolución de los derechos sociales, el planteamiento constitucional nacional aun no reconociendo formalmente dicha primacía, ha terminado por conceder una preeminencia al interés económico fiscal y de balance cuando emerge un preciso conflicto de intereses de acuerdo con un juicio de valor y legitimidad efectuado por los jueces constitucionales⁶³. Esta reducción de los derechos sociales a un juicio económico, ofrece un panorama desolador que se aleja de aquella imagen idílica de la creatividad jurisprudencial que parecía ofrecer el pluralismo jurídico de la Constitución por valores formalizado por la CDFUE⁶⁴.

La segunda de las cuestiones referente a los límites establecidos para el legislador nacional y europeo, nos acerca a la segunda de las disposiciones generales de la Carta, el artículo 52. Los límites de los derechos determinan los márgenes de actuación de la praxis legislativa y, de esta manera, el grado de discrecionalidad del que se dispone. Se trata de una fórmula ambigua pero, en lo que atañe a los derechos sociales, la configuración de los objetivos de interés general como límites a los derechos condiciona su potencial alcance⁶⁵. Nótese como se trata de una amplia noción que incluye además de los intereses protegidos por los artículos 36 del TFUE (donde se formaliza a través de la fórmula de la prohibición entre los Estados miembros de res-

⁶² COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato Sociale*, Cedam, Padova, 1996.

⁶³ GRANDI, B., «Diritti sociali e allargamento de la UE: le problematiche connesse all'estensione dei diritti» *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. ° 3, 2005, p. 585.

⁶⁴ Un juicio positivo sobre las virtualidades de una interpretación por principios generales que avala la CDFUE en cuanto que se trata de disposiciones que poseen un mayor contenido axiológico y que permiten por lo tanto, un tipo de aplicación más amplio, puede verse en: MICHELETTI, M., «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico», *Diritti Comunitario e degli Scambi Internazionali*, n. ° 2, 2003, pp. 281-303.

⁶⁵ BALLESTRERO, M. V., «La Costituzionalizzazione dei diritti sociali», en S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 99-100.

tricciones cuantitativas a la importación y medidas de efecto equivalente, el principio de mutuo reconocimiento), y el artículo 45.3 del TFUE (donde se contempla la libre circulación de los trabajadores), los objetivos enumerados en el artículo 3.3 del TUE, de entre los que la competitividad se erige como el valor de los valores. De forma que la preservación del mercado interior es determinante del contenido y alcance de las disposiciones sociales de la CDFUE.

Por otro lado, según el apartado segundo del artículo 52: «los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos». Los derechos sociales están formulados en el derecho originario bien como derechos accesorios a la libre circulación de trabajadores (artículos 45-48 TFUE), y por lo tanto, garantizados sólo en cuanto útiles para su pleno disfrute; o bien reconducidos a las políticas de empleo (artículos 145-150 TFUE) y las políticas sociales (artículos 151-161 TFUE), respectivamente. Con respecto a las disposiciones del Título IX del TFUE, Empleo, tal y como aparecen formuladas, ni siquiera es posible su reconducción a objetivo de la Unión (artículo 146 in fine). Por otra parte, la generalidad de las previsiones del Título X del TFUE, Política social, impide articular o deducir derechos subjetivos accionables ante la jurisdicción competente.

Del tenor de estas disposiciones se desprende la funcionalidad de los principios sociales al área mercantil europea. Además, su reconducción en los Tratados al ámbito de las políticas europeas o a lo sumo, a una categoría intermedia como es la de derechos accesorios⁶⁶, junto con los amplios márgenes de que dispone el legislador estatal y europeo en la determinación del contenido de los derechos, confirma que los derechos sociales en la Unión Europea se sitúan desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, por debajo del valor jurídico con el que tales derechos eran configurados en la experiencia del constitucionalismo social, evidenciando una regresión que debilita su dinámica garantista. Conclusiones que se refuerzan si se efectúa un análisis pormenorizado de algunos de los derechos sociales contemplados por la Carta descendiendo al nivel del articulado⁶⁷.

De ahí que a la consideración del carácter de fundamentales como una característica estructural de los derechos sociales para hacerles salir del estado residual al que los confinaba el espacio económico europeo, le corresponde la utilización de fórmulas jurídicas ambiguas que ponen de relieve la contraposición ya señalada entre la constitución económica europea y la del constitucionalismo social, como ámbito en el que se inscriben los derechos

⁶⁶ BRONZINI, G., «I diritti sociali nella Costituzione Europea», *Democrazia e Diritto*, n. ° 1. 2000, p. 102. También del mismo autor: «La Costituzione Europea e i diritti sociali», *Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 2000, pp. 635-643, y, en especial, p. 639.

⁶⁷ LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2011, pp. 140-154.

sociales del Estado social. La identificación de la constitución económica europea con el mercado y los valores de los que es portador supone situar al documento de Niza en esta decisión de sistema a la que está vinculada, y, por lo tanto, vincular su significado al complejo normativo tendente a la integración económica, lo que nos aporta una visión de conjunto⁶⁸.

4.5. El papel de los principios fundamentales del ordenamiento europeo— libertades económicas y competencia— en las decisiones del juez europeo.

Teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas al hilo del estudio del derecho positivo, es necesario abordar ahora la dimensión otorgada por el desarrollo jurisprudencial a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico europeo, a fin de verificar si la vía jurisprudencial coadyuva a su afirmación a través de la aplicación de los postulados que los dotan de sentido.

En esta perspectiva podemos señalar que las libertades económicas y las disposiciones relativas a la política de la competencia, se configuran como los pilares de la constitución del mercado, como calificativos del proyecto de integración económica. En la filosofía del Tratado de Lisboa que permeabiliza a los principios generales de la Unión, estos aparecen contextualizados y vinculados a la realización, formación y garantía de funcionamiento del mercado interior. La relación de complementariedad⁶⁹ entre ambos tipos de disposiciones materializa su significado como condición *sine qua non* de las estructuras y dinámicas del mercado, lo que permite la progresiva afirmación hegemónica de la constitución económica europea.

Su vocación innata para adquirir un estatus superior al de las políticas sectoriales europeas conduce a su omnipresencia en todos los ámbitos de la economía: bien en términos directos, a través del establecimiento de comportamientos en régimen de competencia de los participantes en el mercado (con la eliminación de restricciones inherentes a la propia estructura del instituto del mercado— artículos 101 y 102 del TFUE, y de restricciones exógenas al mismo— artículo 106 del TFUE.); bien en términos indirectos, a través de las disposiciones que regulan la libre circulación de los factores de producción — artículos 28-29, 45-66 del TFUE.

En la génesis del proceso de integración europeo los obstáculos a las libertades económicas y los principios y políticas de la competencia han representado un campo privilegiado para el activismo jurisprudencial. El juez europeo partiendo del análisis de las políticas sectoriales establecía su vinculación con el funcionamiento del mercado, deduciendo de estas polí-

⁶⁸ MAESTRO BUELGA, G., «Il costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. ° 1, 2004, pp. 122 y ss.

⁶⁹ STUYCK, J., «Libre circulation et concurrente: les deux piliers du marché commun», *Mélanges en hommage à Michael Waelbroeck*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1479.

ticas el interés global de la Comunidad al que debían someterse los intereses nacionales. Pero también se han configurado como un ámbito propicio para visualizar el carácter abierto de la sistemática de los Tratados en los que se recogen tales principios, y donde la garantía del mercado aparece como el ámbito institucional desde el que se definen las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno. Es por eso que en la práctica, las fronteras entre los espacios normativos de actuación europeo y nacional se diluyen. Precisamente, este carácter abierto y pragmático de la estructura del derecho primario es lo que permite analizar con mayor claridad la construcción jurisprudencial del sistema.

Si como hemos reiterado, la dinámica del constitucionalismo de mercado europeo manifiesta su preferencia por la estrategia basada en el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, frente a la del Estado social y su correlato del intervencionismo público en la economía, no es de extrañar que el juez europeo haya manifestado la preeminencia de las normas de funcionamiento del espacio económico integrado en detrimento del constitucionalismo social estatal.

El paradigma lo constituye el principio de mutuo reconocimiento⁷⁰ elaborado en la sentencia *Cassis de Dijon* (As. C-120/78), y que entra en escena cuando el recurso al artículo 36 del Tratado de Roma (actual artículo 36 del TFUE), se convirtió en una práctica constante por los Estados miembros que encontraban en esta disposición una vía de escape a las exigencias de la libre circulación de mercancías, y a la posibilidad de desplegar mecanismos de dirección económica en sus respectivos mercados nacionales.

Los potenciales efectos virtuosos de la lectura del artículo 30 del TCEE (actual artículo 34 del TFUE), se desplegaban más allá de su funcionalidad a la integración de los mercados en los Estados miembros, constituyendo un mecanismo especialmente útil para la liberalización de aquellos sectores nacionales que los países miembros intentaban proteger del mercado libre⁷¹. La apertura al comercio intracomunitario a través de la aceptación por los Estados miembros del reconocimiento mutuo de los estándares, implicaba la introducción de los condicionamientos de la constitución económica europea en aquellos ámbitos en los que los derechos nacionales conservaban el derecho a efectuar excepciones a las libertades económicas conforme al artículo 36 del TCEE.

La competencia como decisión constitucional no sólo se limita a configurar el ámbito de protección del mercado contra las tendencias a la concen-

⁷⁰ GRASSI, P., «Il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali nel diritto comunitario», en S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 391-442.

⁷¹ POIARES MADURO, M., «Reforming the market or the state? Article 30 and the European constitution: economic freedom and political rights», *European Law Journal*, n.º 1, 1997, pp. 55-82.

tración que pudieran falsearla, sino que también se articula como el espacio del intervencionismo del vínculo económico frente al intervencionismo del Estado social. Una configuración de la competencia desde la que se debe considerar la vía jurisprudencial de Cassis de Dijon. En esta tesitura, la maximización de la ratio de aplicación del artículo 30 del TCEE, terminaba por captar casi cualquier tipo de regulación de los Estados miembros que se veían obligados a justificar las elecciones sociales realizadas en la regulación del mercado, en la medida en que dicho precepto se aplicaba independientemente del objeto y la finalidad de la regulación⁷².

A propósito de los efectos esterilizadores de las regulaciones sociales nacionales derivados del principio de mutuo reconocimiento, la célebre Sunday Trading Saga⁷³ inaugurada a finales de los años ochenta, representa uno de los ejemplos más significativos. Sobre todo, porque el procedimiento seguido por el juez europeo para construir su argumentación se basa en un control de constitucionalidad inmanente a la lógica propia del constitucionalismo de mercado europeo. En concreto, es el principio fundamental de la libre circulación de mercancías el criterio sobre el que han de ponderarse y valorarse los intereses en juego desde una doble dimensión: las excepciones a esta libertad han de perseguir un interés legítimo desde el punto de vista del derecho de la Unión (legitimidad de la excepción); y los efectos de la normativa en cuestión no han de exceder de lo estrictamente necesario para conseguir el objetivo perseguido (proporcionalidad de la excepción). De esta manera, el control del juez europeo compromete directamente las elecciones de política económica y social de los legisladores nacionales, en la medida en que estas elecciones tienen que ser compatibles con los objetivos generales que no son sino el mercado y su corolario, la libre competencia.

En el análisis de costes (económicos) y beneficios (sociales) se valoran además de las pérdidas de eficiencia económica y de la reducción de espacios de libre mercado, todas aquellas medidas que siendo menos restrictivas garanticen la obtención de un beneficio neto mayor. De modo que la necesidad y no la oportunidad política del fin social, junto con la imposibilidad de aplicar una medida alternativa que tenga un impacto menor en los intercambios, son los requisitos de justificación de la actuación del legislador

⁷² MATERA RICIGLIANO, A., «La sentenza Cassis de Dijon, un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune», *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1991, pp. 263 y ss.

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1989, As. C-145/88, Torfaen Borough Council v. B & Q plc. El objeto de la controversia era si el efecto derivado del uso y disfrute del derecho de descanso dominical, como es el propio cierre del ejercicio comercial, podía ser considerado de acuerdo con el criterio de medida de efecto equivalente, una restricción cuantitativa a las importaciones.

nacional⁷⁴. Esta persistente dinámica expansiva de la libertad fundamental que el artículo 30 garantizaba, se refuerza en la década de los noventa a través de la ampliación de su ámbito de aplicación a los obstáculos ocasionados por sujetos privados, hasta el punto de prevalecer con respecto a posiciones jurídicas subjetivas de conflicto colectivo garantizadas como tales por los ordenamientos nacionales⁷⁵.

Este principio del mutuo reconocimiento como técnica que favorece la competencia y el establecimiento de relaciones interterritoriales de competencia en el seno de la Unión, encuentra también aplicación en materia de libre prestación de servicios. Precisamente, es en las decisiones del juez europeo a propósito de la delimitación del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores, donde la maximización de la competencia cobra todo su significado. La reconducción de los trabajadores desplazados temporalmente al ámbito de actuación de la libre prestación de servicios y no al de la libre circulación de trabajadores, materializa la asimetría entre la integración negativa y la integración social en la Unión.

De acuerdo con la reciente jurisprudencia (SSTJUE, As.C-438/05 Viking, As.C-341/05 Laval, As. C-346/06, Ruffert)⁷⁶ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), las diferencias entre una y otra libertad estarían en los distintos objetivos llamados a realizar por ambas. Mientras que en la libre circulación de trabajadores la prohibición de discriminación se vincula a la integración del mercado interior europeo, en la libre prestación de servicios el fin perseguido es ante todo la liberalización de los sectores nacionales protegidos, incluidas las normas de derecho laboral nacional que pudieran incidir en la efectiva realización de la libre prestación de servicios. La maximización de la competencia desplaza a la prohibición de discriminación y se configura como el elemento clave de funcionamiento de esta libertad económica.

La libre prestación de servicios al estar dirigida a la realización de la libre competencia, que junto con la economía de mercado representan los

⁷⁴ POIARES MADURO, M., *We the Court. The European Court of Justice and the European economic constitution*, Oxford-Portland, Oregon, 1998, pp. 49-58.

⁷⁵ Tal y como se desprende del Asunto Comisión c. República Francesa (C- 265/95), en el que juez europeo no entró a valorar si las acciones acometidas por agricultores franceses eran o no constitutivas de una medida de conflicto colectivo, sino que simplemente las consideró como restricciones a la libre circulación de mercancías.

⁷⁶ En todos los asuntos el *leit motiv* es la aplicación del principio del país de origen en materia de condiciones laborales al personal dependiente de una empresa establecida en un Estado miembro, que se desplaza temporalmente para la prestación del servicio al territorio de otro Estado miembro. Condiciones laborales que se traducen en el bajo coste del trabajo como arma competitiva para ganar posiciones en el mercado con respecto a las empresas de los Estados miembros con legislaciones laborales más garantistas.

contenidos en torno a los que se articula la decisión política fundamental del ordenamiento jurídico europeo, se erige como libertad fundamental con un estatus jerárquico superior al de la libre circulación de trabajadores. Interpretada la libre prestación de servicios como parámetro de desarrollo directo de uno de los valores constitucionales, el TJUE elude la prohibición de discriminación en base a la nacionalidad favoreciendo la configuración de lo social como espacio de competencia. La protección de la ventaja competitiva de los países con un menor coste social no es sino la protección del propio modelo social que se articula desde la instancia europea, la justicia social competitiva.

Finalmente, es el momento de hacer referencia al papel desempeñado por el TJUE, en cuanto a la valoración y alcance de la relación que se establece entre los derechos sociales y las libertades económicas. Partiendo de la maximización de una economía de mercado abierta y de libre competencia, algunos pronunciamientos jurisprudenciales han producido un incremento cuantitativo de derechos sociales a prestaciones financiadas por el Estado e inmediatamente accionables⁷⁷. Sin embargo, esta tutela está en una posición instrumental con respecto a la de las libertades económicas que a su vez, son los pilares fundamentales para la realización del objetivo económico por excelencia, mercado interior en régimen de libre competencia, al que los Estados miembros deben concurrir para su realización. Este representa el núcleo intangible del constitucionalismo de mercado como expresión de la máxima inderogable y jerárquicamente absoluta.

En este contexto, el establecimiento de derechos con un contenido prescricional puede considerarse como un efecto meramente consecencial de la actuación del principio de igualdad de tratamiento y de no discriminación que impregna a las libertades fundamentales. Se trata de derechos de comunicación desvinculados de cualquier aplicación de estándares unitarios. Respecto a la igualdad de tratamiento, no implica la creación de nuevos derechos sino la extensión de los ya existentes en los sistemas nacionales. De esta manera, no son derechos sociales reconocidos en el espacio europeo e impuestos a los Estados miembros, sino derechos de base estatal que en función de su conexión o reconducción a una de las libertades económicas, en este caso, la libre circulación que si forma parte del sistema de derechos de la UE, impone la necesaria comunicación entre los ordenamientos nacionales y el de la Unión. El contenido del derecho se define en el ámbito estatal. Además, se articula en un contexto donde los condicionamientos económicos están muy presentes. De hecho, la suficiencia económica constituye una

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 1998, As. C-15/96, *Schoning Kougabetopoulou*. Para un análisis más detallado de la actuación jurisprudencial: MONDINI, A., «Equilibrio finanziario e diritti sociali: dal Trattato CE alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, L XII, 2, 1, 2003, pp. 269 y ss.

condición *sine qua non* para el ejercicio de la libertad de residencia, requisito que no ha sido revisado por la jurisprudencia del TJUE. Ilustran esta situación los asuntos D'Hoop (As. C-244/98) y Grzelecky (As. C-184/99), entre otros.

Con respecto a la conexión entre derechos sociales y el principio de no discriminación por razón de género, se trata de una perspectiva que tampoco a nuestro parecer puede constituirse como una fuente de derechos autónomos. En primer lugar, porque su fundamento es el de la igualdad formal y, por lo tanto, desvinculado de la igualdad sustancial propia de los derechos sociales que permite reconocer con claridad los valores de justicia social que deben de condicionar las elecciones del legislador. Además, se trata de un principio que por sí mismo no forma parte de la categoría de los derechos sociales.

En segundo lugar, porque en el diseño político institucional de la UE, el principio de igualdad se persigue utilizando el criterio exclusivo y excluyente de las formas de discriminación, tal y como se desprende de la formulación de la igualdad acogida por la CDFUE (artículo 20)⁷⁸.

Esta posición marginal de los derechos sociales en el discurso de los derechos fundamentales desarrollados por el TJUE, es coherente con el dato normativo europeo. Los objetivos económicos han sido traducidos en los Tratados en un principio jurídico general de libertad de iniciativa económica inmanente en las reglas específicas de los Tratados que sancionan las libertades de circulación, además de las libertades de establecimiento y la libre competencia. No sucede lo mismo con los contenidos sociales, respecto a los que la Unión Europea a través de normas con un contenido muy genérico y no detallado habría asumido un mero empeño político para mejorar los niveles de protección social, privados de efectividad jurídica en cuanto destinados a orientar genéricamente las políticas europeas en materia social.

El hecho de que solo recientemente y sobre la base del derecho derivado de la normativa europea el TJUE haya utilizado la expresión «derecho social»⁷⁹, es revelador de la situación descrita. Además, la trascendencia de esta decisión judicial ha de relativizarse, ya que es más consecuencia de una aplicación extensiva del derecho derivado (Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos del tiempo de trabajo) que de un giro jurisprudencial en materia de derechos sociales. De tal forma que ni los derechos sociales han entrado en el ámbito constitucional europeo, ni se ha materializado su entrada en los principios generales

⁷⁸ SALMONI, F., «Diritti sociali fondamentali e Unione Europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato Sociale Europeo», en *Studi in onore di Gianni Ferrara*, AAVV, Vol. III, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 551-554.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 26 de junio de 2001, As. C-173/99, Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. The Queen y Secretary of State for Trade and Industry.

del derecho como categoría jurídica que permitió asentar los derechos de tradición liberal en la jurisprudencia europea⁸⁰.

A la vista de estas premisas puede decirse que la nueva constitución material que hemos identificado en la constitución económica europea, «sancionada en la reforma de Lisboa, no hace sino consolidar la asimetría entre integración negativa y positiva, confinando a ésta a la marginalidad en el modelo»⁸¹.

5. CONSIDERACIONES FINALES.

La constitución económica europea representa el principal espacio de transformación del constitucionalismo europeo compuesto, núcleo de la nueva constitución material que implica la ruptura de las bases materiales del Estado social. De ahí que la constitución económica europea como nueva constitución material se presente como el marco de resolución de la relación entre ordenamientos. Es desde la realidad material del mercado desde la que se construye el complejo jurídico constitucional e institucional europeo⁸². La integración de los mercados de los Estados miembros en un mercado interior europeo se realiza desde el nivel europeo y su construcción desde el mercado, en confrontación con el constitucionalismo social. En este sentido, la nueva constitución económica es el punto de partida para definir la nueva realidad constitucional y su constitución material. Ilustra la relación entre la constitución material y la fase de transición del actual momento constitucional como fase de aparición de la nueva relación Estado–sociedad que se establece⁸³.

Lo fundamental es que la nueva constitución material realiza la ruptura de los vínculos sociales al sistema económico que se establecen en el constitucionalismo social. La definición de la intervención social por y desde el mercado determina una nueva centralidad que supone la contradicción entre mercado e integración del trabajo, estableciendo las bases de la nueva constitución económica⁸⁴. La remercantilización del Estado sitúa en el centro de la forma de Estado al mercado, sancionando su autonomía y vinculando la

⁸⁰ RIDOLA, P., «Diritti di libertà e mercato nella Costituzione europea», *Quaderni Costituzionali*, n. ° 1, 2000, pp. 15 y ss. CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffré, Milano, 1995, p. 55. LUCIANI, M., «Diritti sociali e integrazione europea», *Politica del Diritto*, n. ° 3, 2000, pp. 376-377.

⁸¹ MAESTRO BUELGA, G., «El Tratado de Lisboa y la constitución económica», op.cit., p. 67.

⁸² BILANCIA, F., «Brevi note su Costituzione materiale, legalità e Unione Europea», op. cit., pp. 429-432.

⁸³ MAESTRO BUELGA, G., «Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», op.cit., pp. 45-62.

⁸⁴ BARCELLONA, P., «Globalizzazione e crisi dello Stato Sociale», *Contro Maastricht*, Punto Rosso, Roma, 1997, pp. 82-101.

actividad pública a la tutela–garantías de este último. Frente a la integración del trabajo, la integración del mercado implica la expulsión del trabajo como sujeto constitucional que pierde de esta manera su capacidad de configurarse como principio organizativo que reunifica en un sistema unitario al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Ahora es el mercado el que realiza esta función, el que legitima la intervención pública en un modelo económico dirigido a la preservación del mercado y al fomento del impulso del capital. En la nueva relación, el capital emerge como la fuerza dominante del conflicto que despliega sus efectos en la constitución material de la nueva realidad constitucional. La compatibilidad entre mercado y garantía de integración del trabajo desaparece simplemente porque el trabajo pierde su capacidad de codeterminar el conflicto y su composición. Disuelta la constitución material del Estado social que contribuía a legitimar el doble compromiso de integración política y económica del trabajo, el capital se impone como el único sujeto capaz de definir autónomamente la nueva constitución material. La segmentación y disminución del trabajo como consecuencia de la fragmentación del movimiento obrero, le impide configurarse junto con el capital como sujeto definidor del conflicto⁸⁵.

En definitiva, la constitución económica del ordenamiento jurídico europeo actúa redefiniendo la constitución material de los Estados miembros. Como momento de ruptura que provoca una modificación en la forma sustancial de la constitución vinculada a la tradición del constitucionalismo social, presenta una contradicción entre constitución formal nacional y nueva constitución material resuelta normativamente a través de la armonización que desde el constitucionalismo compuesto realiza la constitución económica europea con el constitucionalismo estatal⁸⁶.

TITLE: Methodological considerations on the new relationship between State, Law and Social Justice within the European market constitutionalism.

RESUMEN: Las novedades registradas en las últimas décadas en el ordenamiento europeo han introducido un escenario de reflexión con respecto al constitucionalismo del Estado social. Concretamente, la contradicción entre un constitucionalismo gestado en el proceso de construcción del Estado social y la nueva realidad constitucional que plantea la in-

⁸⁵ ORLANDINI, G., «Mortati e il lavoro che non c'è più», en L. GAETA (a cura di), *Atti della Giornata di Studio. Siena, 31 gennaio 2003, Costantino Mortati e 'Il lavoro nella Costituzione': una rilettura*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 217-221.

⁸⁶ MAESTRO BUELGA, G., «Constitución compuesta y relación ordinal: a propósito del proyecto del Tratado Constitucional de la Convención Europea», en L. AGUIAR DE LUQUE (Coord), *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 201-236.

tegración europea. Este actual momento constitucional plantea la necesidad de buscar orientaciones metodológicas que ayuden a la comprensión de la confrontación descrita, y entre éstas destacan las que analizan la relación Unión Europea-Estados miembros desde la perspectiva de la crisis de la constitución material de las constituciones nacionales. De hecho, el progresivo desmantelamiento de las bases del Estado social ejemplificaría la confrontación Constitución del Estado social-realidad.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo social, constitución material, constitución económica europea.

ABSTRACT: In recent years the novelties included by the European legal system have introduced a scenario of reflection with regard to the Social state constitutionalism. That is, the contradiction between the social constitutionalism and the new European constitutional reality. This current constitutional moment poses the need to seek methodological guidelines for understanding the confrontation described, and among these guidelines highlight those that analyse the relationship European Union-Member States from the perspective of the crisis of the material constitution of national constitutions. In fact, the progressive dismantling of the basis of Social state would exemplify the confrontation Social state constitution-reality.

KEY WORDS: social constitutionalism, material constitution, European economic constitution.

Recibido: 01.05.2012

Aceptado: 18.10.2012

CERTEZA Y VERDAD EN EL DERECHO¹

Agustín Luna Serrano

Catedrático de Derecho Civil y Profesor de Teoría del Derecho
Facultad de Derecho – ESADE
Universidad Ramón Llull

SUMARIO. 1. La posible escisión entre certeza y verdad. 1.1. Unas referencias doctrinales como punto de partida. 1.2. Las certezas públicas de las verdades oficiales. 1.3. Consistencia y variedad de las verdades oficiales. 1.4. La justificación asunción instrumental de las verdades oficiales. 2. La certeza de las verdades oficiales. 2.1. Breves indicaciones taxonómicas. 2.2. Las verdades presuntas. 2.3. Las verdades presupuestas. 2.4. Las verdades aparentes. 2.5. Las verdades simuladas. 2.6. Las verdades fiduciarias. 2.7. Las verdades ficticias. 2.8. Las verdades falsas. 3. Apreciaciones Conclusivas. 3.1. La razonable divergencia entre certeza y verdad. 3.2. Colofón.

1. LA POSIBLE ESCISIÓN ENTRE CERTEZA Y VERDAD.

1.1. Unas referencias doctrinales como punto de partida.

Un notable filósofo jurista de nuestro tiempo, italiano de indudable ascendencia hispana, Flavio López de Oñate, ha señalado con precisión, en un libro devenido famoso, que cada uno de los individuos recibe del ordenamiento, impuesto por la autoridad, «la certeza de sí mismo y la garantía de su acción, que es garantía de su individualidad, de su realidad y de su persona»², de manera que,

¹ Se trata del texto, completado con notas, de la *lectio doctoralis* pronunciada, de manera resumida, en la Universidad de Almería el día 11 de mayo de 2012.

² Se hace referencia a la contribución, enseguida alabada por los mayores juristas del tiempo de su aparición, de LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (Nuova edizione riveduta, in aggiunta saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI e P. FEDELE; a cura di G. Astuti e con appendice di M. Corsale), Milano, Giuffrè, 1968, pág. 114. La primera edición del libro apareció en Roma, Tipografica Consorzio Nazionale, 1942, y la edición utilizada se inscribe en la prestigiosa colección «Civiltà del diritto», vol. 19, de la citada casa editorial milanesa. Hay trad. esp. de Santís Melendo y Ayera Redin, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

La obra, por la fecha de su aparición, se sitúa en el contexto de la crisis social y política del momento y de su repercusión en la crisis y consiguiente incerteza del derecho y constituye una defensa decidida de la certeza del mismo que se proyecta en la seguridad que de ella deriva para el individuo (pág. 47), en cuanto que la certeza constituye —«savoir c'est prévoir»— la garantía de la acción individual, a cuyo efecto se refiere a la *salus* ciceroniana y a la conocida sentencia de que *legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus*.

Es notable la modernidad del libro de LOPEZ DE OÑATE que, con referencia a su tiempo, habla de las amenazas de hecho que atentan a la certeza del derecho y que consisten, a su juicio,

en cuanto que «la exigencia más viva de defensa del sujeto es su individualidad, precisa, singular e irreductible»³, «la exigencia de certeza del derecho es por eso la más ineliminable exigencia ética, de su específica eticidad, que el derecho encuentra en nuestra época»⁴, por lo que, al atribuir el derecho facultades a cada individuo, le otorga también «la certeza de que su voluntad puede ser realmente querida»⁵ y entonces «el sujeto, con la certeza, conquista la seguridad»⁶.

en la falta de norma, en su ambigüedad y oscuridad (pág. 67), en las lagunas legales (págs. 68 s.), en la frecuente mutación de las leyes (pág. 70) y en la hipertrofia de las mismas (págs. 71 s.). Es significativo al respecto un pasaje de la obra que fácilmente se puede relacionar con el nihilismo jurídico, que, como natural derivación del positivismo, deja sentir fuertemente su influencia en la actualidad: señala, en efecto, el autor que el ciudadano «ya no se encuentra frente a la ley como voluntad igual y constante, es decir, cierta, sino frente a una voluntad continuamente renovada e imprevisible que se califica como derecho» (pág. 40).

³ Cfr. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto* cit., pág. 114.

Esta dimensión personalista de la certeza se expresa acertadamente por Laporta, en LAPORTA, RUIZ MANERO y RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pág. 56, al significar que la certeza, frente a la incerteza o incertidumbre jurídicas, es «poder saber con precisión lo que jurídicamente se es», «poder saber qué sujeto de derecho se es», «poder conocer el alcance del propio estatus en una relación dada» o «poder determinar el contenido y los límites de los propios derechos y deberes» y al enlazar todo ello (pág. 59) con la idea de «autonomía personal».

⁴ Cfr. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto* cit., pág. 114. Por eso se ha podido afirmar, por un filósofo del derecho contemporáneo, que «la predecibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos, en que la certeza del derecho consiste, es posible en tanto en cuanto sea posible un razonamiento sobre condiciones y consecuencias, sobre premisas y conclusiones: razonamiento, ciertamente, no de absoluta necesidad, ‘demostrativo’, sino por lo menos de verosimilitud o de probabilidad, ‘argumentativo’»: cfr. FASSÒ, *Il giudice e la realtà sociale*, en *Società, legge e ragione*, Milano, Giuffrè, 1974, pág. 19.

Si en los países de «civil law» la certeza se realiza mediante la ley, respecto de los de «common law» es de recordar que «la vincolabilità del precedente» —que trasciende normativamente, por la extensión de su *ratio decidendi* a los casos análogos, en función de la obligada igualdad (*aequitas*, en cuanto que «equality before the law») — «realizza, o concorre a realizzare, anche il valore della certezza del diritto»: cfr. DONATI, «*Rule of law, common law*»: *lineamenti*, Milano, Giuffrè, 2010, págs. 16 ss.

⁵ Cfr. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto* cit., pág. 115.

⁶ Cfr. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto* cit., pág. 115. El autor recuerda a este propósito una significativa sentencia de Gravina, según la cual *sub incerto enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit*.

Los estudios más significativos sobre la obra de Lopez de Oñate suelen subrayar este valor tranquilizante de la certeza del derecho respecto de las actividades de los particulares que operan teniendo en cuenta las reglas del mismo. En su elogioso comentario al libro de referencia, CALAMANDREI, «La certeza del diritto e la responsabilità della dottrina», *Rivista di diritto commerciale*, 1942, I, págs. 341 ss. (luego vuelto a publicar en

Ahora bien, otro asimismo notable filósofo, el napolitano Giambattista Vico (1668-1744), que ya había expresado en alguna ocasión la profunda reflexión de que cuando los hombres no pueden alcanzar la verdad se atienen a lo cierto⁷, vino también a afirmar, en una línea argumental que puede superponerse, que *certum ab auctoritate est* mientras que *verum (est) a ratione*, añadiendo a esta consideración la de que *auctoritas cum ratione omnino pugnare non potest, nam ita non leges essent, sed mostra legum*⁸, que ha sido considerada por algunos como contradictoria con la anterior afirmación. Es posible, sin embargo, según creo, coordinar con cierta facilidad los dos pasajes relativos al derecho acabados de transcribir, puesto que, usando las mismas palabras latinas en su traducción directa, se puede significar que, si es cierto que «la autoridad no puede pugnar enteramente con la razón»,

Studi sul processo civile, V, Padova, Cedam, 1947), que se recoge asimismo en la edición utilizada de la contribución de Lopez de Oñate, señala que compete a la ciencia jurídica contribuir a aumentar la certeza del derecho, es decir, «a rendere sempre più intelligibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire umano ed a mettere il singolo in condizione di calcolare in anticipo, con previsioni sempre più sicure, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni» (pág. 174). Por su parte, en el comentario crítico que dedica a la obra de LÓPEZ DE OÑATE, CARNELUTTI, *La certeza del diritto*, en *Rivista di diritto civile*, XX, 1943, págs. 81 ss. (luego vuelto a publicar en *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, Cedam, 1953), que se recoge asimismo en la edición utilizada de la contribución de Lopez de Oñate, subraya asimismo la gran ventaja de la certeza, que se cifra –dice– en poder prever (los particulares) las consecuencia jurídicas de su conducta (pág. 193), expresando eficazmente que «la certeza del diritto giova e l'incertezza nuoce l'attività degli uomini; a questi per agire occorre sapere ciò che debbono o non debbono fare e perciò a quali conseguenze si spongono facendo o non facendo» (pág. 200).

En el muy elogioso y profundo comentario que se contiene en la edición utilizada de la obra de LÓPEZ DE OÑATE, CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive* (anteriormente publicado en *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959), sobre afirmar que «la certeza... sta alla radice di tutto il mondo del diritto» (pág. 245), señala que, gracias a la certeza, «il soggetto sa con perfetta sicurezza come dall'ordine che è nato da quella norma e da quella legge, il suo contegno sarà qualificato», estableciendo una relación entre certeza, legalidad y objetividad (pág. 278).

⁷ Cfr. VICO, *La scienza nuova* (9ª ed.), Milano, BUR, 2004, pág. 177 s., en una –la IX– de sus conocidas «degnità», y también, por referencia a ella en pág. 656. Este filósofo había expresado también que los juicios propuestos por los hombres –se refiere a los de las épocas primeras– podían hacerse con verdad en la forma pero que frecuentemente podían resultar falsos en la materia o –como diríamos hoy– en el fondo: cfr. VICO, *La scienza nuova* cit., pág. 496. Este pensador intentó explicarse la evolución del género humano a partir de la consideración retrospectiva de las primitivas épocas que llama heroicas o poéticas.

⁸ Tomo estas expresiones de su transcripción en la obra de CROCE, *La filosofia di Giambattista Vico* (6ª ed.), Bari, Laterza, 1962, pág. 101, que las refiere como contenidas, dentro de la producción «vichiana», en *Opere* (a cura di Ferrari) (2ª ed.), Milano, Società Tipografica de' Classici Italiani, 1852-1854, III, pág. 53. Véanse contenidas las mismas iniciales ideas en VICO, *La scienza nuova* cit., pág. 178, «degnità» X.

porque, en su caso, las leyes «no son leyes sino monstruos de leyes», también lo es que, si lo que afirman las normas es «cierto por autoridad», puede perfectamente suceder que lo que digan las leyes no se asiente en la verdad, ya que ésta no depende de lo que se diga con autoridad puesto que la «verdad es —, lo que es lo mismo, se aprecia— por la razón»⁹.

Sobre la inicial base de estas por lo demás bastante sencillas indicaciones, debemos tener en cuenta que el derecho, tratando de propiciar la conservación de la sociedad y, por tanto, una convivencia ordenada y en el mayor grado posible pacífica, busca fundamentalmente proporcionar a los consociados, en el aspecto objetivo, seguridad jurídica o estable y precisa fijeza del régimen que determina el alcance de las situaciones que les afectan y, en el aspecto subjetivo, certeza sobre la juridicidad¹⁰, ya que sin la implantación de ambas no podría alcanzarse el mejoramiento o perfeccionamiento social que da lugar al valor de la justicia, proclamado como superior por el art. 1.1 de nuestra Constitución¹¹. En relación a estas mismas indicaciones hemos de considerar también, como ha puesto magistralmente de relieve, en su magnífica obra de teoría general del derecho, el procesalista español Jaime Guasp, que tal seguridad se coordina complementariamente con la certeza que asimismo deriva del ordenamiento y en función de las cuales los ciudadanos se conducen y se deciden respecto de sus actividades¹².

⁹ El planteamiento básico que encierra tal afirmación se reporta a la célebre frase hobbesiana de que *auctoritas non veritas facit legem*: cfr. HOBBS, *Leviathan, sive de materia, forma et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, de 1651, en *Thomas Hobbes opera filosofica* (al cuidado de Molesworth), III, Londini, 1841, reimpresión Scientia Verlag Aalen, Darmstad, 1966, pág. 202, con la que enlaza la tradición voluntarista que inspira habitualmente las concepciones doctrinarias modernas del derecho.

¹⁰ La relación entre los conceptos indicados en el texto constituye el aspecto básico sobre el que se desenvuelve el contenido del ya indicado volumen de LAPORTA, RUIZ MANERO y RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*.

En el contexto en que se sitúan las calificaciones alternativas utilizadas en el texto, las mismas no se contradicen y se corresponden con las de ser la verdad objetiva y la certeza, en el sentido de certidumbre, subjetiva.

¹¹ Como ha explicado el Tribunal Constitucional, en su STC 27/1981, de 20 de julio (ponente Fernández Viagas), la seguridad se compenetra sin formar compartimentos estancos con los demás principios a que también se refiere el art. 9.3 Const., de manera que «la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad».

¹² Esta necesaria relación de equilibrada complementariedad entre la seguridad y la certeza jurídicas ha sido brillantemente indicada en la muy coherente y escasamente citada —desde luego, no en los ya numerosos manuales existentes en relación a la homónima nueva asignatura del actual «grado» universitario en derecho— obra de teoría general del derecho debida a GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, págs. 315 a 317.

En relación a dicha complementariedad expresa agudamente este autor (pág. 318) que «un mundo jurídico simplemente seguro dejaría la duda de si se trataba de un mundo fun-

Lo que ocurre es que, ya a partir de estas primeras y breves referencias doctrinales, no puede dejar de apreciarse que, según es constatable, lo que el derecho dice y afirma como cierto, en función de su autoridad, no siempre se corresponde con la verdad, que se percibe o se descubre por la razón, de manera que, si bien en la mayoría de los casos el ordenamiento dispensa seguridad a través de la certeza que se deriva de la realidad de una manera directa y natural, no faltan ocasiones en que las leyes, debiendo proporcionar certeza para cumplir *–publice interest–* su función de organización de la vida social, han de recurrir, de manera indirecta y artificial, a provocar ellas mismas, creando esa particular realidad jurídica que es fruto de la dimensión constitutiva del derecho, la certeza que procura certidumbre y seguridad a los ciudadanos¹³. En función de este particular modo de operar del ordenamiento, se puede entender, por ejemplo, que una cosa sea considerada indivisible por el derecho porque «esencialmente» lo es en la realidad, pero que también se la pueda tener por indivisible porque así lo ha decidido la ley,

dato jurídicamente sólo en apariencia: mundo ilusorio, en el que los sujetos del derecho, sugestionados acaso por técnicas meramente propagandistas, soñarían que tendrían la tranquilidad social que realmente les estaría sustraída. Y un mundo jurídico simplemente cierto, sin seguridad subjetiva, se hallaría probablemente en el mismo trance de incertidumbre histórica que si estuviera realmente desequilibrado, pues los habitantes de ese mundo vivirían como si su paz externa no existiera, al margen de un reposo que carecería de virtud aquietadora por su misma alienidad subjetiva». «Las razones de preferir la seguridad a la certeza o a la inversa –concluye–, son, en sí, tan recíprocamente irreductibles que no cabe otorgar la primacía a ninguno de estos dos aspectos de la paz, en contraste con el otro, por motivaciones absolutas: pero, a salvo esa preferencia variable, la exigencia básica de la paz forzosamente ha de estar integrada, en la dosis que cada uno formule, por un ingrediente de paz subjetiva, que es la seguridad humana en el derecho, y por un ingrediente de paz objetiva, que es la certeza impersonal que a ese mismo derecho cabe atribuir».

El sentido objetivo de la seguridad jurídica y el subjetivo de la certeza del derecho son también subrayados por PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, págs. 21 s. y 106 s.

¹³ Un destacado filósofo del derecho ha significado a este respecto la idea de que «el derecho no es otra cosa sino una serie de operaciones interpretativas llevada a cabo sobre las cosas y los estados de las cosas de la realidad», señalando, en definitiva, que «nuestra tesis central puede enunciarse como sigue: *el derecho es una interpretación autoritativa de la realidad, que atribuye a sus elementos estatutos o propiedades* (cursivas del autor)» y concluyendo que «el derecho es una hermenéutica oficial del mundo»: cfr. GRZEGORCZYK, *Le droit comme interprétation officielle de la réalité*, en «Droits», 1990, n° 11, págs. 31 ss.

En la perspectiva ideológica del denominado constructivismo radical, un planteamiento extremo sobre el desdoblamiento de la «realidad material» y la «realidad jurídica», en el básico sentido informador de que «la verdad no se descubre, se confecciona» y de que «la verdad se genera y se gestiona desde dentro de un sistema teórico», se encuentra en MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Madrid, Dykinson, 1999, esp. pág. 10.

como es el caso de la llamada unidad mínima de cultivo, de la parcela mínima urbanística o de la extensión mínima de explotación forestal, y que asimismo se afirme legalmente que es indivisible la cosa que dividida resultaría inservible para el uso a que se destina o, incluso, la cosa que desmerecería mucho por su división¹⁴. Por otra parte, esa misma dimensión constitutiva mediante la cual tiende el derecho a organizar la vida social determina que una cosa es inmueble porque lo es «por naturaleza», pero también que se consideran inmuebles, porque así se considera que conviene, los tractores o los sacos de abono destinados a la explotación de una heredad¹⁵.

Ello puede ser así, en definitiva, porque, mientras que «la verdad es» por sí misma, «la certeza se asevera» y porque la aserción de la certeza lo mismo puede proceder de una contemplación o de una verificación de la realidad – que es *res quidem vera*¹⁶– que agotarse –*pro certo* o *pro veritate habetur*– en una mera, aunque eventualmente justificada, declaración¹⁷.

1.2. Las certezas públicas de las verdades oficiales.

Aunque pueda decirse, según una apreciación doctrinal muy extendida¹⁸, que, a diferencia de los enunciados sobre hechos que pueden ser verdaderos

¹⁴ Cfr., entre otros, arts. 401.1, 404 y 1062.1 Cc. y art. 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias.

¹⁵ Cfr. art. 334, 1º, 5º y 7º Cc.

¹⁶ Por eso la frase latina *veritatem imitare* significa «reproducir la realidad».

¹⁷ La relación entre certeza y verdad, que aquí se propone en una perspectiva preferentemente pragmática, que tiene particularmente en cuenta aspectos fenomenológicos y aplicativos de la dinámica jurídica en la vida social, puede examinarse en la dimensión, de carácter general, de la dogmática y de la teoría jurídicas, desde muy diversos puntos de vista: véase, por ejemplo, DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli, 1999, o también, en una dimensión valorativa de la escisión entre verdad y certeza, NICOLINI, *Verità e certezza del diritto*, en *Iustitia*, 1949, págs. 41 s., quien sostiene que, en caso de incompatibilidad entre justicia (verdad) y certeza, debería darse preferencia a esta última, aunque reconoce que, en la compleja situación propia de la actual sociedad democrática, no puede esperarse que se «consienta al juez apreciar la bondad de la norma estatal en la piedra de toque de las normas naturales y quedar ligado únicamente a la *vera lex*, a la *lex iusta*», de manera que, desde el punto de vista del jurista que es a la vez católico y demócrata, concluye que «estamos obligados a contentarnos con considerar al juez ligado a la ley que presumimos justa, por haber sido querida por todos, o por los más». «Seguir en vano un sumo bien, una gran meta, cerrando los ojos al frecuente mal que a cada paso dejaremos aparecer en nuestro camino... querría decir –concluye– poner en serio peligro libertad e igualdad, conquistas tan caras a nosotros, como juristas y como católicos».

¹⁸ Es bien conocida, por lo demás, la afirmación de Kelsen de que «no se puede hablar de una «verdad» del derecho. En efecto, el derecho (incluso el derecho justo) es norma y como tal no puede ser verdadero ni falso»: cfr. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (trad. it. de Torre), Torino, Einaudi, 1985, pág. 281.

o falsos –apofánticos», según la terminología de los expertos– las reglas del derecho no son, en cuanto proposiciones normativas que expresan discursos directivos, ni verdaderas ni falsas¹⁹, «la ley hace saber a cada uno lo que puede querer», de modo que «precisamente en ello se realiza el beneficio que se hace posible con su certeza»²⁰. De este modo las normas proporcionan las

Se trata de una apreciación acaso no compartida siempre entre las gentes corrientes, según hace notar –si bien es secuz de los planteamiento voluntaristas de que se hace mención en el texto– KALINOWSKI, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, Vitte, 1967, pág. 62 s. También ente los filósofos juristas y los teóricos del derecho se discute a veces la procedencia de la radical afirmación recogida en el texto, de modo, por ejemplo, que algunos sostienen que una norma es verdadera si es válida, si es observada, si se corresponde con la moral, si es justa, si refleja la racionalidad del consenso o también si se adecua a la Verdad originaria o de principio.

Una interesante reflexión sobre las cuestiones suscitadas en el texto se encuentra en OPOCHER, *Il diritto senza verità*, en *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, Cedam, 1950, págs. 177 ss., que relaciona la verdad del derecho con la justicia y la legalidad (pág. 183), una verdad que no puede entenderse como concepto puramente formal (págs. 185 s.), sino como manifestación de la concreta moralidad de la acción (págs. 188 ss.). Este autor insiste en las mismas ideas en OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto* (2ª ed.), Padova, Cedam, 1997, págs. 312-314. Una postura del todo contrastante puede observarse en SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, 1980.

¹⁹ Así, por ejemplo, GUASTINI, *Interpretation et description des normes*, en *Interprétation et droit* (dir. AMSELEK), Bruxelles, Bruylant, 1995, pág. 90, señala que, a diferencia de los enunciados descriptivos, que se refieren a hechos y «que, por esta misma razón, pueden ser verdaderos o falsos, pudiendo ser controlados por medios empíricos», «los enunciados normativos no pueden ser ni verdaderos ni falsos», extendiéndose luego (págs. 97 s.) en la justificación de tal afirmación; y, por su parte, PATTARO, *Interpretation, systématisation et sciences juridique*, en *Interprétation et droit* cit., pág. 108, también expresa que, «como todas las prescripciones, las leyes no son ni verdaderas ni falsas y en ello está la razón por la cual la solución de las controversias jurídicas se confía a los tribunales».

Sobre la afirmación contenida en el texto, recurrente en las exposiciones sobre la denominada «teoría del derecho», puede verse ahora el interesante libro de PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino, Giappichelli, 1996, del que hay trad. esp. bajo el título de *El derecho sin verdad*, a cargo de GARRIDO GÓMEZ y DEL HIERRO, Madrid, Dykinson, 2005. En esta destacable contribución, la autora, profesora de filosofía del derecho que se coloca en la línea de la que se ha dado en llamar teoría analítica, examina la negada relación entre la verdad y las reglas jurídicas en cuanto expresión de un discurso directivo o normativo, en las posibles perspectivas en que dicha eventual relación podría intentar ser explicada, en cuanto a entender tal relación como *correspondencia* (del derecho con la verdad natural, con la verdad común o con la verdad de las cosas), como *coherencia* (sistematicidad del conjunto normativo o racionalidad y corrección del mismo), como *corrección procedimental* de las soluciones jurídicas o como, en fin, *consenso* sobre la disciplina normativa, perspectiva esta última que en su caso se preferiría en una apreciación valorativa de las normas propia de una sociedad democrática.

²⁰ Cfr. LÓPEZ DE OÑATE,, *La certezza del diritto* cit., pág. 50.

vías a través de las cuales –y en razón de la seguridad derivada de la certeza que aquéllas proponen– pueden transitar útilmente los particulares. En este sentido, y de una parte, la observancia de las reglas establecidas como portadoras de certeza otorga validez y eficacia a los actos de los ciudadanos y su inobservancia determina para ellos una sanción desfavorable y, de otra, la misma finalidad de orientación jurídica que de las normas deriva suministra certezas sobre los otros consociados, sobre la trascendencia de sus actos o sobre los derechos que les corresponden y las situaciones que les afectan o señala los medios de averiguación determinativa de tales derechos y situaciones en caso de controversia²¹.

Con estas últimas finalidades apuntadas²², que germinan en el seno del iluminismo como respuesta a la exigencia de racionalidad jurídi-

²¹ En el sentido indicado en el texto, los juristas franceses hablan cabalmente, en ocasiones, de «besoin de prévisibilité», al que sin duda socorre, procurando la colocación de las normas jurídicas en un sistema inteligible y riguroso, su adecuada interpretación: cfr. CHEVALIER, *Les interprètes du droit*, en *Interprétation et droit* cit., pág. 126. De «besoin de certitude et sécurité», en el sentido de satisfacerse tal necesidad de los ciudadanos con la estabilidad de las normas, había ya hablado RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, París, L.G.D.J., 1955, pág. 88.

²² Desgraciadamente, son muchas las causas de la permanente y creciente fragilidad de la seguridad jurídica, como la multiplicidad de los centros de producción normativa o «el conjunto abigarrado de agencias centrales y periféricas de producción de normas» (así, RODILLA, en LAPORTA, RUIZ MANERO y RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* cit., pág. 25), la superabundancia legislativa o la que puede definirse como «compulsión general hacia la creación incesante de normas jurídicas» (así, LAPORTA, *ivi*, pág. 63), los frecuentes cambios legislativos o la «velocidad y cambio de la *legis innovatio* cotidiana» (así, LAPORTA, *ivi*, pág. 68), la «creación normativa coyuntural» (así, Rodilla, *ivi*, pág. 25), la falta de claridad en algunas leyes, etc. Sobre estos problemas puede verse la interesante contribución de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999 y, en relación a la multiplicación de los centros o «feudos jurídicos», véase BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Zaragoza, Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia (Discurso de ingreso), 2005.

El indicado libro *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* tiene como núcleo fundamental (págs. 55 a 93) una ponencia de Laporta, del mismo título del volumen, en la que se previene, en cuanto puede afectar a la certeza del derecho, frente a la frecuente y exagerada apelación judicial a los principios en lugar de a las reglas y, en consecuencia, al «alejamiento paulatino del par «regla-legislador» y un correlativo acercamiento paulatino al par «estándar-juez»... (lo que le) hace temer por la certidumbre y la predicibilidad de nuestro derecho futuro» (pág. 63). A ella sigue una contraponencia de RUIZ MANERO de intención superadora, del expresivo título de *Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios* (págs. 95 a 120) y a ambas se antepone una amplia y ponderada introducción de Rodilla, intitulada *Imperio de la ley y principios. Presentación de un debate* (Págs. 9 a 53). En la línea de la postura sostenida por el primero de los autores, vid. también LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

ca²³, se corresponden las que por algunos se ha dado en llamar «certezas públicas»²⁴, que proporciona el poder ejecutivo –así las certificaciones, las escrituras noariales²⁵, los asientos de los registros civil²⁶, de la propiedad²⁷ o mercantil²⁸, las resoluciones administrativas, las cédulas de habitabilidad o las determinaciones municipales de uso de los inmue-

²³ El iluminismo como doctrina jurídica tiende, en efecto, a colocar en el centro de su reflexión a la figura del legislador, tanto por considerarlo como intérprete del derecho natural como, por lo que aquí interesa por una exigencia fundamental de certeza y de poner fin al conflicto entre las fuentes del derecho privilegiando sobre cualquier otra a las leyes generales y abstractas. Sobre el iluminismo jurídico puede verse, en general, CAT-TANEO, *Illuminismo e Legislazione*, Milano, Giuffrè, 1976.

²⁴ Cfr. GIANNINI, S.V. «Certeza pública», en *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, págs. 769 a 792.

²⁵ Véase, por ejemplo, BOLÁS ALFONSO, *La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil*, en *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil* (coord. Bolás Alfonso), Madrid, Civitas, 1993, págs. 41-70.

Sin embargo, como advierten, entre otras muchas las STS. de 8 y 16 de mayo de 1973, de 8 de mayo de 1980, de 15 de febrero de 1982, de 14 de febrero, de 14 de marzo, de 15 de mayo y de 2 de junio de 1983, de 10 de julio y de 5 de diciembre de 1984, de 24 de febrero de 1986 y de 5 de noviembre de 1988, «la eficacia en materia de contratos otorgados ante notario no alcanza a la verdad intrínseca de las declaraciones de los contratantes». . . . «dado que el documento público da fe del hecho y de la fecha, es decir lo comprendido en la unidad de acto, pero no de su verdad intrínseca» se distingue aquí, según es fácil de apreciar entre una «verdad extrínseca o formal» –que es la que, en principio, vale– y una «verdad intrínseca o real».

²⁶ Dispone la ley del registro civil de 8 de junio de 1957 que el contenido de los asientos registrales tiene valor probatorio de los hechos inscritos (art. 2), que no se pueden impugnar sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente (art. 3); y la ley 20/2011, de 21 de julio, que la ha de sustituir, determina la presunción de exactitud del contenido de los asientos registrales, en el sentido de que los hechos existentes y los actos (que figuran en los asientos) son válidos y exactos (art. 16.3).

²⁷ El art. 38.1 de la ley hipotecaria, cuyo texto refundido aprobó el Decreto de 8 de febrero de 1996, establece que «a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». El ejercicio de una acción contradictoria exige –consecuentemente– que de manera previa o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (art. 32.2).

En relación a la posible inexactitud de lo que manifiestan los asientos registrales, se distingue a menudo por la jurisprudencia entre realidad registral y realidad jurídica extraregistral: cfr., por ejemplo. STS. de 10 de julio de 1984.

²⁸ El art. 7.1 del Reglamento del registro mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, dispone que «el contenido del registro se presume exacto y válido» y que sus asientos «producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

bles²⁹-, que proclama el poder legislativo –así la determinación de las posiciones jurídicas de los ciudadanos con la consiguiente atribución de acciones en defensa de sus derechos– o que provoca con su actuación el poder judicial. Se ha llegado incluso a decir que algunas de dichas actividades públicas no son sino expresiones del hecho de que, «por siglos, los operadores jurídicos se han encontrado como fascinados por lo que podría llamarse el «mito de la verdad» y han creído que el uso adecuado de determinados instrumentos materiales y jurídicos podría proporcionar representaciones exactas de la verdad, tanto de la verdad histórica como de la verdad científica»³⁰.

1.3. Consistencia y variedad de las verdades oficiales.

Es cierto que la perfecta coincidencia con la realidad de las aludidas certezas o representaciones oficiales de la verdad se resiente o se encuen-

²⁹ Sobre la actividad administrativa que proporciona certeza, vid. el interesante estudio de ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, en A.A.V.V., *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza* (coord. CARLESÌ) («Collezione giuridica d'impresa», a cura di Fracchia e Occhiena), Milano, Egea, 2009, págs. 23 a 37. El autor califica a la certeza que deriva de la actividad administrativa –asientos del registro civil, registro de patentes y marcas, datos catastrales, etc.– de certeza «noticial», distinta de la certeza derivada de la ley o certeza «legal».

Sobre estas cuestiones, se recuerdan, en particular, AGUADO I CUDOLÀ, *La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Civitas, 1994, contribución a la que precede *La «presumptio» de certesa com a prova de les infraccions administratives*, Barcelona, Generalitat de Catalunya –Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1992; y DURANTEZ SAEZ, «La doctrina de las presunciones y la presunción de certeza de las actas de inspección de trabajo», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 45 (enero-febrero 1991), págs. 85-102.

³⁰ Cfr. GIANNINI, S.V. «Certeza publica» cit págs. 769 s.

La temática del valor de la verdad en el derecho se refiere a una cuestión fundamental que es transversal en la reflexión de los juristas y que influye en las diversas concepciones doctrinales que éstos han formulado, desde las iusnaturalistas, que tienen en cuenta principios que constituyen los *prima vera*, hasta las positivistas en que se asume en abstracto como verdad lo que por tal se decide en cada momento por la ley.

En un aspecto más concreto, que, pese a su mayor delimitación no es posible considerar, más allá de alguna alusiones marginales, en esta sencilla exposición, la temática indicada ha tenido una significativa expresión en relación a la actuación de los tribunales y a la normativa que a ella conviene, a propósito de cuya evolución se han hipotizado básicamente dos modelos diferentes: el del tradicional *ordo judicarius*, entendido como *ordo quaestionum* y *ordo probationum* y desmenuado dialógicamente –mediante el contradictorio que supone el *ars opponendi et respondendi*– en clave dialéctica, retórica y moral y de manera argumentativa y justificativa, en el que el *judicium* a declarar por el juez, garante del procedimiento, vendría a proponerse como una «verdad probable», seleccionada entre las dos opuestas tesis defendidas por los litigantes (*fecisti/non feci*); y el del *processus*, de influencia iluminista, en el que, en base a criterios racio-

tra mediatizada frecuentemente por los propios mecanismos internos que se desenvuelven dinámicamente en la vida social y que necesariamente se reflejan en la configuración de la realidad jurídica.

Piénsese, en cuanto al primero de los aspectos de la formulación de las denominadas «certezas públicas» a que se acaba de hacer referencia, que el registro civil puede manifestar que están casados quienes han simulado, según no es infrecuente, la celebración de una boda como expresión del llamado matrimonio de complacencia o que un sujeto es hijo de quien ha llevado a cabo un mero reconocimiento de los igualmente conocidos con la misma denominación; que el contenido de la escritura notarial puede ser la expresión de una venta de alcance solamente fiduciario y hecha en garantía de un acreedor que aparece como comprador; o bien que lo que dice el registro de la propiedad no se ajusta a la realidad, según ponen de relieve los abundantes supuestos de aplicación por los tribunales del art. 34 de la ley hipotecaria.

Por otra parte, las leyes recurren en no pocos casos a ficciones, como la de considerar decisión positiva o negativa de la Administración al llamado silencio administrativo, y a presunciones, como la que atribuye la paternidad del hijo al marido de la madre por consecuencia de cuanto dispuesto en el art. 116 del Código civil.

En cuanto al proceso, cuya finalidad se ordena *—pro re certa—* a la apreciación reconstructiva, plausible y razonable de unos hechos verificados mediante la pertinente prueba y a tomar en consideración, en función de dicha apreciación o *discretio veritatis* y de la calificación jurídica que convenga a tales hechos, una «verdad» sobre la que decidir aplicando las normas³¹, puede perfectamente ocurrir que cuanto decide el

nalistas propios de la lógica que se propone a partir del siglo XVII, se confía al juez, que viene a asumir una función burocrática, la búsqueda y el descubrimiento de una objetiva «verdad absoluta», ya lo fuera según el punto de vista de la verdad material o de la verdad formal. El primero de los modelos indicados predomina, aunque muy mediatizado por la influencia del otro, en los países latinos y del segundo fueron claros exponentes la francesa «Ordonnance civile touchant la réforme de la justice» de 1667 —conocida como «Code Louis»— y la prusiana «Justizereform» y el «Prozess-Ordnung» de 1781: cfr., sobre estas alternas orientaciones, el preciso estudio de PICARDI, *Les racines historiques et logiques du code de procedure civile*, en *L'educazione giuridica* (a cura di Giuliani e Picardi), vol. V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t. 1, *Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, Esi, 1988, págs. 241 a 255. Uno y otro sistema procesal han sido autorizadamente caracterizados por GIULIANI, *Ordine «isotomico» ed ordine «assimetrico»*. «Nuova retorica» e teoria del processo, en *Sociologia del diritto*, 1986, fasc. 2-3, págs. 81 ss.

³¹ Cfr. ZORRILLA RUÍZ, «Convergencia de la justicia material y la verdad histórica en el resultado de la prueba civil», en A.A.V.V., *La prueba judicial* (dir. ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY y RICHARD GONZÁLEZ), Madrid, La Ley, 2010, págs. 71 a 101. Aprovecho aquí ideas y expresiones tomadas de TARUFFO, *Simply la verdad. El juez y la constatación de los hechos* (trad. esp. de Accatino Scagliotti), Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 22 y 24,

juez, que, en la tradición de la regla *ulpiana* de que *res iudicata pro veritate habetur*³² y como «verdad judicial»³³, está adornado —si su sentencia

que también se refiere, recordando el brocardo de que *probatio est quaedam ratiotinatío*, a constituir los medios de prueba instrumentos racionales dirigidos al descubrimiento de la verdad (pág. 38).

Sobre la búsqueda de la verdad en el proceso a través de la prueba puede verse también CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, en *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, págs. 51 a 76, y del mismo filósofo del derecho y autor, exaltando la importante labor judicial —en cuanto que «accerta la verità» y su alto menester consiente «ritrovare la verità, accertare la verità, ridare la verità alla vita»— *Pensieri a Giulia*, Milano, Bompiani, 2007, «pensieri» 1920 y 1929, págs. 1886 s. y 1892.

En el pensamiento de OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto* cit., pág. 311, también se aprecia que «la justicia como reconocimiento de la verdad aparece del todo predominante en el plano del proceso y, por tanto, en el juicio del juez».

³² Cfr. *Digesta*, 50, 17, 207.

³³ Un procesalista eminente como CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, Athenaeum, 1915, págs. 31 s. indica, mediante las palabras que siguen y por referencia a la actividad judicial, la distinción entre verdad formal y verdad material: «el resultado de la investigación jurídicamente limitada o disciplinada no es ya la *verdad material* o, como se diría con una eficaz perogrullada, la *verdad verdadera*, sino una *verdad convencional*, que se bautiza como *verdad formal*, en cuanto que a ella conduce una averiguación regulada en sus formas, o como *verdad jurídica*, en cuanto la misma se busca mediante leyes jurídicas, no sólo mediante leyes lógicas, de manera que únicamente por efecto de estas leyes jurídicas sustituye a la *verdad material*».

Sobre los aspectos relacionados con la prueba de la «verdad judicial» puede verse la contribución de GONZÁLEZ DE AUDICANA ZORRAQUINO, *La verdad judicial como complemento de la convicción del juzgador en los procesos civiles dispositivos*, en A.A.V.V., *La prueba judicial* cit., págs. 247 a 268. Véase también, en relación a estos aspectos, la contribución de GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999 (hay 2ª ed. de 2004 y 3ª ed. de 2010). En relación a la percepción judicial de la verdad de los hechos sobre la base valorativa de criterios jurídicos, véase también TARUFFO, *La prueba de los hechos* (trad. esp. de Ferrer Beltrán), Madrid, Trotta, 2002, esp. págs. 39 ss., 91 ss. y 128 ss., de cuyo autor se han publicado en España, más recientemente, la monografía TARUFFO, *La prueba* (trad. esp. de Márquez), Madrid, Marcial Pons, 2008, una contribución contenida en TARUFFO, ANDRÉS IBÁÑEZ y CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009 y, en 2010, la ya citada monografía *Simplemente la verdad*. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que los hechos no son nunca vistos directamente por el juez, sino que éste los percibe a través de los medios de prueba, mediante una determinación de tales hechos por la apreciación valorativa de las pruebas practicadas. En la labor judicial de aproximación reconstructiva de los hechos la labor del juez se asemeja, en cierto modo, a la del artista, que más que mirar escruta las cosas para trasladarlas al lienzo, en una función casi adivinatoria: vid., sobre estos aspectos, SILVA ALONSO, *La función del juez en la vida del derecho*, Asunción, 1970, págs. 31 s.

Es de señalar, de todas formas, que —en particular, gracias a la transcendencia real del principio de audiencia propio del proceso contradictorio— se alcanzará con frecuencia

ya es firme— de «certeza», no se corresponda con la «verdad objetiva», pero que, aún sin «ser verdadero», deba «ser tenido por verdadero o ser aceptado como verdadero»³⁴. Se trataría, en suma, de un «subrogado de la verdad»³⁵ o de una «verdad suficiente» a los fines de la aplicación de la norma jurídica, verdad únicamente verificable en el ámbito del discurso propio del proceso³⁶ y que, cuando la sentencia que la determina devie-

una conclusión judicial que aprecie la veracidad de los hechos, de modo que, en tal caso, la decisión del juzgador no dará lugar a la existencia diferenciada de una verdad formal y una verdad material: vid., a este propósito, SANCHO GARGALLO, «*Juris prudentia*» del juez civil (discurso de ingreso, como académico numerario, en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya), Barcelona, 2010, esp. págs. 29 a 32. La contestación al discurso, a cargo de MULLERAT, contiene apreciaciones, también de derecho anglosajón, respecto del asunto que aquí interesa en págs. 62 s.

³⁴ Utilizo aquí expresiones de FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho* (2ª ed.), Madrid, Marcial Pons, 2005. De la relatividad de la verdad derivada de la prueba practicada en el proceso se hace referencia también en FERRER BELTRAN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 20. Véase también BUENO OCHOA, *Proceso a la prueba y la verdad*, en A.A.V.V., *La prueba judicial* cit., págs. 103 a 122, que en la pág. 116 recoge asimismo las expresiones de Ferrer Beltrán reportadas en el texto.

Una aguda reflexión sobre la relación de la justicia con la realidad, la verdad y la seguridad jurídica es ofrecida por PÉREZ DUARTE, «Prueba, hecho y verdad: el impresionismo en el derecho», en A.A.V.V., *La prueba judicial* cit., págs. 139 a 162.

³⁵ Tomo esta eficaz expresión de CARNELUTTI, *La certezza del diritto* cit., pág. 198, que también señala que «la exigencia de la certeza asume, en el proceso, un relieve precisamente plástico en la fórmula de cosa juzgada» (pág. 198). Por su parte, CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive* cit. insiste en que el *pro veritate habetur* de la cosa juzgada «puede no ser la verdad»: «già nella esistenza stessa della cosa giudicata —concluye— è un prescindere, in certo modo e a un certo punto, della verità» (pág. 247).

³⁶ Señala TARUFFO, *Simplymente la verdad* cit., pág. 82, que, en el contexto del discurso del proceso, es necesario asumir «un concepto específico de verdad, según el cual un enunciado que describe un hecho puede ser reconocido como verdadero si ha sido racionalmente confirmado por las pruebas presentadas en el proceso».

Hace pensar a este respecto la siguiente reflexión de CORRADINI H. BROUSSARD, *Notario. Novanta pensieri sull'etica e il diritto e l'economia*, en *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 1 (a cura di Donati e Sassi), Torino, Utet, 2009, pág. 255-285, esp. pág. 280 (pensiero 76). Escribe el profesor pisano: «Per il giudice la verità è nelle carte del processo. Facta sunt servanda. E lui observa solo i fatti che sono in queste carte.— Quod non est in actis, non est de hoc mundo: una foglia di fico per coprire nudità.— Dagli atti i fatti. Anche da una testimonianza falsa, di cui in atti non si è scoperta la falsità.— Segno che la verità processuale non coincide con la verità ontica.— È ingenuo sostenere che alla verità si giunge nel processo, che il processo è il luogo in cui la verità si esalta al suo splendore, il luogo in cui il diritto si fa verità ed è verità.— Come dire che esistono mezze-verità, dimenticando che la verità o è intera o non è verità e che non è verità la verosimiglianza».

ne firme, adquiere, en aras de la seguridad jurídica y como conveniente aceptación del «mal menor»³⁷, la eficacia de la «certeza» o de «hacer creer verdadero» lo que acaso no es tal en la realidad³⁸. Se da lugar así a una «convencionalidad de la verdad» de las decisiones judiciales³⁹, de modo que, por eso, puede decirse, en conclusión, que lo definitivamente juzgado «es verdad, pero (que) aunque no lo fuera produce los mismos efectos que si lo fuera», de modo que, «tanto si es verdad como si no lo es, es como si fuera verdad»⁴⁰. De aquí que a la decisión del juez se

³⁷ La STS. de 30 de diciembre de 2010, que recoge doctrina y pasajes de la de 20 de abril de 2010, expresa que «la inmutabilidad de la cosa juzgada está en el principio de seguridad jurídica, pues la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso. El ordenamiento jurídico prefiere el efecto preclusivo de la cosa juzgada como mal menor ante el principio de seguridad jurídica», de modo que por ello –concluye– «la cosa juzgada imposibilita replantear indefinidamente un problema ante los tribunales de justicia».

³⁸ Cfr. BETTETINI, *Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della Chiesa*, Padova, Cedam, 2002, pág. 11, que señala que tal eficacia «es bien lejana del favor veritatis insito en el ordenamiento de la Iglesia, en el que más allá de y sobre la autoridad de la cosa juzgada, se coloca la eficacia de la verdad, sustituyéndose a una razón política de lo juzgado una razón de moralidad: el *ius constitutionis* se aparta para dar lugar... al *ius veritatis*».

En un contexto distinto a la dimensión pragmática en que se encuadra esta sencilla exposición, la referencia a una certeza objetiva del derecho encarnada en el derecho natural ha sido tradicional entre los iusnaturalistas: véase, a este propósito, LENER, *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa*, en *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, cit., págs. 345 ss.

³⁹ Tomo la expresión de JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1980, pág. 52.

⁴⁰ Las situaciones reales que pueden inferirse de cuanto significado en el texto plantean el problema de si el logro de la certeza no se consigue a costa de la justicia, sobre cuya cuestión ha hecho interesantes indicaciones –muy brillantes, como suyas– CARNELUTTI, *La certezza del diritto* cit., que se plantea si no es «posible que certeza y justicia, lógicamente inseparables, no tanto estén separadas cuanto sean inconciliables la una con la otra» (pág. 201) y «no acaben tanto por disociarse cuanto por estar en las antípodas la una de la otra» (pág. 203), como en el caso al que alude de la cosa juzgada en el supuesto de que la sentencia firme que el juez pronuncia sea injusta (pág. 204). Sin embargo, aunque no se puede negar que pueda ocurrir que en el caso concreto la certeza se escinda de la justicia, hay que considerar, como expresa CAPOGRASSI, *Considerazione conclusive* cit., págs. 246 s., que se refiere, además de al caso de la cosa juzgada a la institución de la prescripción, que «la certezza, il conseguimento della certezza, è essa stessa giustizia, parte della giustizia», lo que en definitiva puede justificarse con la idea de la consecución, aunque sea a base de sacrificar algunos intereses, de la paz social. Téngase en cuenta, por lo demás, que, si en algunos momentos ha parecido que podían presentarse como contrapuestas justicias y seguridad y obtenerse la segunda a costa de la primera, hoy se considera por muchos que ambas se integran entre sí como también ha declarado nuestro Tribunal

le denomine «veredicto», palabra que procede de una latinización⁴¹ que significa «dicho verdadero».

Es en razón de todo ello por lo que en el derecho encontramos certezas que se constituyen sobre verdades que efectivamente lo son pero también, necesariamente, certezas que se asientan, al no poderse amparar en verdades que se corresponden indudablemente con la realidad, sobre verdades que únicamente lo son en cuanto verdades presuntas, verdades presupuestas, verdades aparentes, verdades simuladas, verdades fiduciarias, verdades fingidas o incluso verdades eventual o seguramente falsas, pero que para el derecho podemos también decir que dan lugar a «certezas públicas» basadas en «verdades oficiales». En todos estos casos se asiste a supuestos que el derecho acoge como «ciertos», por razones pragmáticas de utilidad o de conveniencia –de política legislativa, se podría decir más técnicamente–, y que acaso no son ciertos o que son seguramente inciertos, pero que son formalmente constituidos como «verdades putativas» y, como tales, «creíbles como ciertas» a los fines organizadores del ordenamiento, que las asume –siempre sobre el sustrato o denominador común de proporcionar seguridad jurídica– ya sea en función de atender a la equidad, como en el caso de las verdades aparentes⁴² o de las verdades ficticias⁴³, ya en función de atender a la llamada economía procesal o de favorecer la tranquilidad social y apro-

Constitucional en la ya citada STC. 27/1981, de 20 de julio, al considerar el contenido del art. 9.3 Const.

Tomo las expresiones reportadas en el texto de PINTÓ RUÍZ, *No siempre aquello que «debe ser» alcanza virtualidad ontológica, el singular supuesto del texto de Modestino (D. XLII, I, 28) y la cosa juzgada*, en *Estudios* (de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 2010, págs. 495, n. 8, y 500, n. 21. Se trata en esta jugosa exposición del supuesto, a que se refieren las STS. de 7 de octubre de 1898 y de 8 de marzo de 1928, de dos decisiones contradictorias, arbitrales en el primer caso y jurisprudenciales en el segundo, de las que se pedía despacho de ejecución. Con argumentos convincentes, producto tanto de la reflexión como del sentido común, defiende brillantemente el autor la preponderancia de la primera de las decisiones dictadas, que excluye de todo valor, en razón del efecto negativo de la cosa juzgada, a la segunda.

⁴¹ Del inglés «veredict» o del francés normando «veir dit»: cfr. MOLINER, *Diccionario de uso del español*, II (j-z) (3ª ed.), Madrid, Gredos, 2007, pág. 3030.

⁴² La atención por el derecho a la apariencia como «règle d'équité» es frecuentemente recordada por la doctrina: véase, por ejemplo, el interesante libro de DANIS-FANTÔME, *Apparence et contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, pág. 343.

⁴³ Que el recurso a la ficción legal está inspirado en la equidad es, desde antiguo, un lugar común entre los juristas: cfr. CUJACIUS, *Opera, ad parisiensis fabrotianam editionem diligentissima exacta, in tomis XIII distributa, Pars tertia*, t. III, Prati, 1837, col. 1186, o también BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, 1758-1763, vol. III, pág. 43, a quien se debe la afirmación de que *in fictione semper subsistit equitas*. Por lo demás se debe a Bartolo de Sassoferrato la célebre opinión de que *omnis fictio est introducta ex quadam naturali aequitate*.

vechar para ello la inferencia que proporcionan los datos de la experiencia o la que sugiere la normalidad, como en el caso de las verdades presuntas⁴⁴, ya en función de dar cauce a los intereses lícitos de los consociados, como en el caso de las verdades simuladas o de las verdades fiduciarias⁴⁵, o ya en función de justificar y no sólo dictar una regla positiva o una solución jurisprudencial, como en el caso de las verdades presupuestas⁴⁶.

De la manera expuesta, resulta, pues, que, si las más de las veces la norma de derecho reconoce y consagra la realidad histórica o material, otras manipula y «modifica su sentido en función de la conveniencia social» y «otras, en fin, su preocupación por la conveniencia social le decide a desconocer esta realidad hasta en su evidencia». Se puede decir, con palabras de un ilustre jurista francés, que, «en el primer caso, el derecho busca la verdad material, que, en el segundo, la deforma y que, en el tercero, la rechaza», si bien «es siempre la misma preocupación de oportunidad la que inspira su preferencia y la que dirige su actitud»⁴⁷.

1.4. La justificada asunción instrumental de las verdades oficiales.

Estas indicaciones no nos deben sorprender, puesto que topamos en muchas ocasiones con supuestos de la realidad práctica que nos rodea que las avalan, y puesto que, como juristas, somos bien conscientes de que a tales supuestos, y con independencia de que sean o no verdaderos, el ordenamiento les otorga certeza –como explicitaremos mediante ejemplos– y a los que consiguientemente adorna de efectividad, como si se asentaran en una verdad histórica o material.

La simple enumeración que anteriormente se ha hecho del elenco de la variada tipología de las diversas verdades que acoge el derecho –las «verdades verdaderas» o históricas y las diferentes «verdades oficiales»– nos muestra que, al igual de lo que ocurre en la vida social, también en relación

⁴⁴ Aparte de las presunciones de mera referencia ideológica, como la presunción de inocencia (art. 24.2 Const.), las presunciones encuentran en general su base en intereses socioeconómicos que el ordenamiento –*quieta non muovere*– acoge en razón del mantenimiento del *statu quo*, por ejemplo favoreciendo legalmente a la posesión (arts. 434 y 448 Cc.), o bien teniendo en cuenta consideraciones de tipo técnico que se basan en el criterio de la mayor probabilidad deducible del *id quod plerunque accidit*.

⁴⁵ La frecuente contratación simulada o fiduciaria es consentida, en efecto, en aras del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que respeten los límites del art. 1255 Cc. que lo proclama.

⁴⁶ Las presuposiciones, que en el fondo son invenciones legislativas o jurisprudenciales, aunque puedan justificarse en plausibles apreciaciones o conjeturas, se basan, las más de las veces, en la simple e interesada intuición del legislador o del juzgador.

⁴⁷ Cfr. LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique*, en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, Dalloz, 1965, págs. 583 a 601, esp. pág. 584, de donde tomo las expresiones recogidas en el texto.

al derecho se puede decir, como ya enseñara en sus reflexiones morales Michel de Montaigne (1533-1592), que «el reverso de la verdad tiene cien mil caras y un campo indefinido» de plasmación⁴⁸. Por lo demás, no es arbitrario decir que «no existe una realidad absoluta objetiva y única» en cuanto que el lenguaje que la representa «no es un retrato o una fotografía de los hechos», puesto que «nuestras descripciones están empapadas de teoría hasta el punto de poderse considerar que el mundo está contaminado de las palabras que usamos para describirlo»⁴⁹.

Piénsese, por poner un ejemplo que puede considerarse banal, por referirse a supuestos habituales en la actividad económica, en los reversos de la verdad que suponen la sociedad –anónima o de responsabilidad limitada– denominada unipersonal o la sociedad de varios socios del todo dominada, acaso mediante los sutiles instrumentos de la llamada ingeniería financiera, por una sola persona: la primera, según razón, no podría existir ni responder a la verdad, en cuanto que sociedad y unipersonalidad son conceptos contradictorios⁵⁰ que respectivamente se excluyen, pero que para el derecho

⁴⁸ Cfr. MONTAIGNE, *Ouvres completes, Essais*, livre I, chapitre IX, Bruges, Gallimard, 1962, pág. 28. La opinión problemática señalada en el texto contrasta con la sentenciosa pero acritica consideración según la cual *veritatis una vis, una facies est*: cfr. SENECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, lib. XVII-XVIII, ep. 102, 13 (trad. it. de Barone con texto latino al frente) (6ª ed.), Milano, Garzanti, 2003, pág. 782.

Con la finalidad de proteger el derecho al honor frente al ejercicio del derecho, también constitucionalmente declarado, de la libertad de expresión, se exige que la eventual información sobre unos hechos sea «veraz» o que ella se corresponda con la «veracidad». Sin embargo, basta con que tal veracidad sea tendencial, pues su concepto no coincide, según tiene precisado la jurisprudencia constitucional –así, entre otras, en las STC. de 23 de junio de 2008 y de 26 de enero y de 1 de junio de 2009– con el de verdad objetiva, por cuanto que, como ha declarado recientemente la STS. de 8 de abril de 2011, «por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada». Como se aprecia fácilmente, se recurre a redimensionar la exigencia de veracidad a través de la llamada técnica de la ponderación.

⁴⁹ Cfr. PINTORE, *Il diritto senza verità* cit., pág. 130, que, haciendo referencia a Descartes y a Kant, también significa (pág. 131) que «el conocimiento humano no puede ser entendido como una componente objetiva del mundo que con su estructura permanente y sus valores intrínsecos la convalidaría; por el contrario, sabemos ahora que el mundo externo debe colocarse en el interior del conocimiento y que los criterios para distinguir el conocimiento verdadero del falso son independientes de la estructura del mundo y que la preceden».

⁵⁰ La RDGRN. de 21 de julio de 1990 consideró, sin embargo, que «la sociedad unipersonal constituiría así, probablemente, una *contradictio in terminis*, pero no una *contradictio in substantia*, bajo la curiosa argumentación formal de la «objetivación de la

constituye una entidad indudablemente cierta⁵¹; y en cuanto a la segunda, su apariencia de sociedad es tranquilamente admitida como certeza por el derecho, que sólo intenta descubrir la verdad que bajo ella se oculta, mediante el llamado «levantamiento del velo», cuando considera que tal reverso de la verdad resulta dañino e intolerable y con «el fin de evitar –según expresión de que se sirve habitualmente la jurisprudencia– que, bajo la protección de esta ficción o forma legal, puedan ser perjudicados intereses públicos o privados en términos de fraude»⁵². Todo ello sin abundar en la consideración

condición de socio que se lleva a cabo mediante la acción. La acción, indivisible, acumulable, transmisible, permite objetivar la relación de participación en la sociedad anónima respecto de la persona de su titular. Una persona –podría decirse– es tantas veces socio como acciones posea. Cada puesto de socio subsiste como tal y no se ve alterado porque se acumulen varios. De ello cabe deducir que la reunión en una misma mano de todas las acciones, en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socio, no determina la invalidez conceptual de la sociedad unipersonal».

⁵¹ La llamada sociedad unipersonal es objeto de importantes normas de nuestro derecho mercantil, en particular las que constituyen las normas fundamentales sobre la misma, contenidas en el Cap. III (arts. 12 a 17) del texto refundido de la ley de sociedades de capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, según el cual «se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima: a) la constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. b) la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal» (art. 12). La existencia posible de la sociedad unipersonal consiente la eventual contratación entre su único socio y la sociedad de que dicho socio es único titular, en una suerte de autocontratación entre el socio único, como persona individual, y él mismo en cuanto administrador de la sociedad (art. 16).

El instituto de la sociedad unipersonal –al que no deja de prestar particular atención el derecho comunitario: cfr., por ejemplo, la directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, relativa a la sociedad de responsabilidad limitada de socio único– consiente aislar el «patrimonio personal» de su único socio del «patrimonio social» de la sociedad de cuyas participaciones o acciones representativas del capital social es aquél el único titular. En esta diferenciación, que consiente la inmunidad del patrimonio personal del socio único respecto de las obligaciones derivadas de las actuaciones sociales que él exclusivamente gestiona, radica el interés práctico de la constitución de tal tipo de sociedad.

⁵² Cfr., por ejemplo, la STS. de 4 de marzo de 1988, cuyos conceptos suelen repetirse con mucha frecuencia en otros pronunciamientos jurisprudenciales y así, últimamente, en la STS. de 3 de abril de 2009. Los estudios sobre la doctrina del «levantamiento del velo de la persona jurídica», de ascendencia germánica, son relativamente abundantes entre nosotros: se señalan, en particular, las contribuciones de DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia* (4ª ed.), Madrid, Cívitas, 1997, y BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español* (4ª ed.), Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

de que las persona jurídicas, por más que se quiera ver en ellas una realidad original directamente derivada de la existencia de hecho de un grupo de personas, de una convergencia de intereses o incluso de un simple objetivo independiente a satisfacer, no dejan de tener un carácter artificial y ficticio y, en definitiva, puramente formal, aunque estén postuladas por atendibles exigencias económicas o sociales.

Como se indicaba antes, no nos debe sorprender a los juristas este doblamiento entre «certeza» y «verdad», si advertimos que, aunque la realidad es más compleja, el derecho no toma propiamente en cuenta sino un universo depurado, «lo que corresponde a la diferencia entre el universo real y su representación»⁵³; si consideramos la posible utilidad del recurso a la representación de tal escisión por parte del legislador, como evidencia de manera ejemplar el art. 460, 4º, del Código civil –en cuya regla conviven casos de posesión que responden a una «verdad histórica o real» y otros que se reportan a una «realidad virtual o jurídica», que, sin ser verdadera, se presenta legalmente como «cierta»⁵⁴–; y si pensamos también, en el concreto plano de la praxis, que en un pleito cada parte alega, relata e intenta probar unos hechos y defiende, a través de la argumentación persuasiva de su abogado⁵⁵, «su propia verdad» y rebate y contradice lo que para la parte adversa es asimismo «su verdad»⁵⁶, de cuyas dos opuestas «verdades» o hipótesis de

⁵³ Cfr. IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, París, P.U.F., 2001, pág. 63. Véase también la contribución, anteriormente citada, de LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique*.

⁵⁴ Se contemplan en esta norma una posesión que, en efecto, se pierde pero se conserva –que *mue* pero que a la vez *vive*– y una posesión que se adquiere pero que no se tiene –que *nace* pero que a la vez *no vive*–, con lo que el legislador recurriría aquí, de seguirse la conceptualización propuesta por GRACIÁN, *Agudeza y arte de ingenio* (4ª ed.), Madrid, Espasa Calpe, 1957, págs. 31 a 42, a una «agudeza de improporción o disonancia».

⁵⁵ La problemática de la argumentación jurídica suscita en la actualidad una atención generalizada entre los teóricos del derecho, sobre todo a partir de los estudios de PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. esp. de Díez-Picazo), Madrid, Cívitas, 1979. A esta temática se ha dedicado el reciente libro de ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, autor que ha venido dedicando a estas cuestiones diversos trabajos anteriores. Véase también, ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, así como MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit* (trad. fr. de Gagey), París, P.U.F., 1996.

⁵⁶ Cuyas «verdades» defendidas por uno y otro abogado postulante constituyen enunciados hipotéticos que pueden ser, en sí mismos, verdaderos o falsos: vid., a este propósito, TARUFFO, *Simplymente la verdad* cit., pág. 145. No han que olvidarse que, en sus actuaciones, el abogado –que propiamente formula, en palabras del propio autor (pág. 69), una «pretensión de verdad»– intenta sobre todo persuadir al juez de que su decisión debe acoger cuanto postula a favor de su cliente, sobrevalorando los datos y hechos que le benefician, minusvalorando o distorsionando los que le perjudican o también excluyendo de su argumentación los que no le convienen.

decisión será en definitiva «cierta» o «verdad oficial»⁵⁷ la que, a través del proceso⁵⁸ y mediante la «interpretación de los hechos» que ante él se presentan⁵⁹ o de las normas legales que debe aplicar⁶⁰ decida el juez⁶¹, aunque aca-

⁵⁷ En el conocido libro de CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (con introduzione di Barile), Firenze, Ponte alle Grazie, 1989, págs. 17 s., señala la «verdad oficial» que supone la sentencia y se refiere, recordando las modalidades regladas de las apreciaciones judiciales, a las muchas «pantallas» —dice— que se interponen «tra la prevision dell'avvocato e la verità ufficiale, che alla fine sarà scritta nella sentenza». Esta preciosa obra se publicó por primera vez en 1935 y la versión utilizada es una reproducción de su 4ª ed. de 1959, reimpresa, por tercera vez, en 1995.

⁵⁸ La dimensión epistemológica del proceso en orden a alcanzar el juzgador un cabal conocimiento y apreciación de los hechos relevantes para la solución de la controversia —los *facta probanda*— es resaltada por TARUFFO, *Simplemente la verdad* cit., págs. 155 a 218, donde a este propósito hace una interesante exposición sobre la actividad probatoria y los personajes intervinientes en la misma.

⁵⁹ Aunque se trate de una acepción bastante laxa del concepto de interpretación, es bastante habitual referirse a ella en relación a la valoración de los hechos, en particular «para describir los pasos del juez en la solución de los asuntos que se le someten»: AMSELEK, *L'interprétation à tort et à travers*, en *Interprétation et droit* cit., pág. 13. Sobre el tema es destacable la contribución de IVAINER, *L'interprétation des faits*, París, L.G.D.J., 1988.

En el ya recordado y delicioso libro de CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* cit., págs. 117 s., se expresa que en el proceso «la verdad tiene tres dimensiones», las de cada uno de los abogados, que presenta la verdad según la ve «de perfil» y en relación a los intereses de su cliente, y la del juez que contempla las cosas «de cara», de frente o en su conjunto.

⁶⁰ La actividad interpretativa, por su propia dinámica, puede eventualmente conducir, en función de la obligación de resolver en derecho que afecta al juez, a que éste llegue a apreciar en las normas, dada la dimensión creadora que con frecuencia tiene la interpretación, una «verdad imaginaria». Se ha llegado a afirmar a este respecto que «un principe d'économie conduit souvent à faire dire au texte de loi plus qu'il ne dit ou autre chose que ce qu'il dit plutôt qu'à modifier le texte, mais dans ce cas on n'oppose pas sens apparent et sens caché»: cfr. MAINGUENEAU, *L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques*, en *Interprétation et droit* cit., págs. 61-71, esp. pág. 67.

⁶¹ Como justamente expresa HERNÁNDEZ GIL, *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975, pág. 5, «la sentencia no constituye la verdad inconcusa, sino la solución impuesta, revestida de autoridad, dentro de la organización de la justicia».

A tal idea ha respondido siempre la figura de la llamada «cosa juzgada», que viene a significar que lo declarado por un juez o tribunal en la sentencia frente a la cual no cabe plantear recurso tiene el valor de solución indiscutible y definitiva, por lo que se dice de ella que ha «pasado en autoridad de cosa juzgada» y que su contenido ha de tenerse, por adquirir «certeza», por «verdadero», de acuerdo con la vieja máxima de que *res judicata pro veritate accipitur*. En este sentido, bien se puede decir que «la regla de la autoridad de la cosa juzgada confiere a una opinión el estatuto de verdad»: cfr. McEVoy, *La question de l'arrêt: le cas de l'argumentation dans le droit*, en *Lire le droit: langue, texte, congrni-*

so su sentencia no acoja, ya sea un función de la aludida interpretación de los hechos⁶² y de las normas o ya sea por consecuencia de incurrir en el llamado

tion (dir. Bourcier y McKay), París, L.G.D.J., 1992, págs. 173-196, esp. pág. 193. Para referirse al valor de la cosa juzgada se ha dicho también, a veces, que lo que ella afirma es la «verdad social»: cfr. Rocco (Alfredo), *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, Modena, 1904, pág. 273, para quien, «quando le forme rese obbligatorie dalla legge processuale furono osservate, la cosa giudicata rappresenta la legalità essa medesima, e non solo la verità è giudizialmente accertata; ma è altresì la verità nell'opinione e nella fede dei cittadini; è socialmente e giuridicamente la verità».

Lo decidido judicialmente de manera definitiva se ha considerado siempre, en la dirección expresada en el texto, como intocable por razones de interés público, bajo la consideración de que volver sobre lo juzgado era algo pernicioso desde el punto de vista de tal interés: de ahí la afirmación de que *res judicatae instaurari exemplo grave est* (*Codex*, l. 4 de *re judicata*). En efecto, fuera de los muy tasados casos en que, en el ámbito civil, sea procedente el denominado recurso de revisión —únicamente admitido en supuestos de disposición de documentos decisivos que no pudieron alegarse en el pleito de haberse utilizado documentos declarados falsos en un proceso penal, de haberse fundamentado la sentencia en las afirmaciones falsas de testigos o de peritos o de haberse obtenido la sentencia injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta (arts. 509 ss. Lec.)—, la sentencia firme es definitiva e irreversible en cuanto a la solución o «verdad judicial» que en ella se contiene, de modo que lo decidido en la resolución judicial es inamovible (cosa juzgada formal: art. 207 Lec.) y excluye que el objeto de la decisión pueda dar lugar y replantearse en un ulterior proceso (cosa juzgada material: art. 222 Lec.).

⁶² Esta suerte de interpretación puede dar lugar a que, respecto de una misma realidad, formule el juzgador unas diversas o diferentes «verdades», que, en el caso de que sus distintas sentencias sean definitivas, adquirirá cada una el valor de la «certeza» desde el punto de vista oficial.

Unos casos recientes, relativos a unos concursos de acreedores, nos advierten de esta posibilidad. La SAP. de Barcelona (sec. 15^a) de 19 de junio de 2009 había considerado que, dado que el contrato de «leasing» es un contrato de tracto sucesivo, «cada cuota mensual o renta es la contraprestación pactada por la cesión durante ese mes del bien», por lo que las cuotas vencidas antes de la declaración del concurso tendrán la consideración de créditos concursales (o créditos con privilegio especial respecto del bien), mientras que las posteriores pasan a tener la consideración de créditos contra la masa. Sin embargo, la propia sección de la Audiencia, en sentencia formulada por el mismo ponente, declaró en la SAP. de Barcelona de 9 de noviembre de 2010 que, «aunque lo que se transmite es una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho por la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera». Por ello, según esta segunda sentencia —en la que se dice que se repiensa lo dicho en la anterior dada la real configuración de la cuota—, todas las cuotas mensuales han de ser consideradas como créditos privilegiados, a diferencia de lo que se había decidido en la sentencia anterior.

En relación a la eventual diferencia en la valoración judicial de unos mismo hechos, la STC. de 28 de octubre de 2009 declara que un tribunal puede percibir los hechos de

error judicial o en una actuación prevaricadora, la verdad de la parte que la tiene sino precisamente la tesis de la parte a la que no asiste la verdad⁶³.

De las anteriormente relacionadas «certezas públicas» derivadas de «verdades oficiales»⁶⁴ se puede decir, en definitiva, que constituyen el resultado

forma distinta a como anteriormente ha hecho otra jurisdicción cuya decisión se alega, pero que tal diferente apreciación debe ser motivada.

⁶³ A propósito de los pleitos y de los abogados que postulan en ellos se podría todavía indicar que un mismo hecho se puede apreciar por el letrado según perfiles conceptuales distintos y, por tanto, ser representado jurídicamente mediante configuraciones o «verdades» diferentes.

Un caso judicial puede resultar a estos efectos ejemplar. En el supuesto de autos, «sucedió que en un matrimonio en el que se habían otorgado capitulaciones matrimoniales designando heredero al primer hijo varón, habían nacido cuatro hijas antes de que naciera el futuro heredero; quejoso el padre de la actitud del hijo y heredero capitular, entregó a un íntimo amigo una respetable cantidad, al objeto de que, a su muerte entregara a cada una de las hijas, al momento de contraer matrimonio, o a la llegada de la mayoría de edad, una cuarta parte de aquel capital. Fallecido el padre, el amigo escrupuloso abrió una cuenta bancaria en la que ingresó la cantidad recibida, y al casamiento de cada hija, le entregó el capital correspondiente, pero ocurrió que entregada la parte correspondiente a la última hija, quedó en la cuenta bancaria una pequeña cantidad producto de los intereses satisfechos por el Banco. El amigo escrupuloso, remitió este saldo al heredero dándole cuenta de lo ocurrido. El hijo heredero promovió demanda en reclamación del total capital entregado por el padre, argumentando que se trataba de un mandato del padre que había quedado extinguido a su fallecimiento. El abogado del amigo, equivocando la elección de (la) norma aplicable, argumentó que se trataba efectivamente de un mandato, pero *post mortem*, y naturalmente perdió. Si la norma elegida para aplicar hubiera sido la calificación de los hechos como donación *ab causam*, hubiera ganado. El amigo escrupuloso hubo de satisfacer al heredero el total capital conferido por el testador». Tomo este ejemplo de CASALS COLLEDECARRERA, *La interpretación*, en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código civil*, Barcelona, Ilustres Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, 1975, págs. 81 ss., esp. págs. 28 s. El asunto en cuestión dio lugar a una STS de junio de 1915.

Como era previsible, en el supuesto indicado, el abogado defensor del amigo del difunto fracasó en su intento, al entender adecuadamente el juez que los efectos del mandato acaban con la muerte del mandante (art. 1732, 3º Cc.), habiéndose probablemente ganado, en cambio, por él el pleito, si el abogado hubiera presentado el caso como una donación *ob causam*, esto es, como una donación hecha para que, a su vez, el donatario entregue la cosa recibida a otra persona. De cualquier forma, fuera «verdadero» uno u otro de los negocios eventualmente representados como celebrados entre los dos amigos, el que de ellos habría sido en definitiva «cierto» sería el que hubiera sido apreciado por el juez o, en caso de apelación, por el tribunal de segunda instancia, cuando hubiera adquirido la sentencia el carácter de la cosa juzgada.

⁶⁴ Las que pueden llamarse «verdades legales» o «verdades oficiales» no son propiamente tales sino que, precisamente, únicamente constituyen «certezas»: cfr., sobre este aspecto, ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»* cit., pág. 29.

materializado de una representación deformada de la realidad –o incluso de un rechazo de la misma– que es eficiente desde el punto de vista normativo y organizador de la sociedad y que, desde la perspectiva de tal finalidad y en cuanto que provienen de los poderes públicos o son consentidas por ellos, participan tales «certezas» de una especial autoridad, si bien, en cuanto que lo que se expresa a través de las mismas es el buscado resultado de dicha deformación o del aludido rechazo de la realidad meramente conveniente desde el punto de vista preceptivo, se constituyen –salvo en algunos casos, como, en particular, el de las verdades ficticias– como «certezas reversibles» para el caso de que tal desviación de la verdad, en principio adoptada como útil, se manifieste como inadecuada o contraproducente.

En este sentido, no se trata de ordinario y necesariamente de meras invenciones o de puros sucedáneos de la verdad, de modo que, si con ellas se prefiere, de entrada, obviar el descubrimiento de la verdad o no se quiere aportar lo verdadero, también se pretende mediante ellas construir entidades que no sean del todo extrañas al entramado social –cuyo desenvolvimiento se pretende propiciar mediante la provocación de la certeza y de la seguridad jurídicas ya antes indicadas– y que sean solamente «verdades vicarias» o instrumentales, sino que se constituyen, por tanto, en «cuanto más probablemente verdaderas posibles». Es en razón de estas mismas consideraciones de utilidad normativa –y de manera consecuente– por lo que tales entidades, sólo en algún sentido instrumental artificiales, se configuran precisamente como transformables o reversibles, por si su persistente artificialidad puede llegar a ser perniciosa o inconveniente, para cuyo caso –mediante, *verbi gratia*, la prueba destructora de la presunción *iuris tantum* o la demostración de la simulación– se pueden desmoronar a través de una oportuna «verificación»⁶⁵.

En definitiva, y en un contexto descriptivo más general, pero en el que se incardinan perfectamente las indicaciones anteriores, se puede afirmar que las mismas inducen directamente la idea de que el jurista –y, por tanto, el legislador– es, en cuanto «artista de la razón»⁶⁶, también artista de la pala-

⁶⁵ Tomo aquí alguna ideas y utilizo expresiones encontradas en GIANNINI, s.v. «Certeza publica» cit., pág. 771 .

⁶⁶ Cfr. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione* (a cura di Abitabile, con saggio introduttivo di G.B. Ferri), Torino, Giappichelli, 2000, passim. El sistema jurídico, viene a decir este autor (pág. 113), representa el poder «más extremo que haya: el poder de separar las palabras y las cosas, fundamento del poder sobre el hombre».

Es evidente que este planteamiento tiene profundas raíces filosóficas –las de la superación de la tradicional relación entre *intellectus* y *res*, entre mente y realidad o entre pensamiento y ser y las más modernas de la separación entre lenguaje y realidad– a las que en esta pequeña obra únicamente se puede hacer una simple alusión.

Sobre el arte del derecho ha escrito Carnelutti, conmemorando a Vittorio Scialoja, brillantes palabras que se recogen ahora en CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova,

bra⁶⁷ y nos hacen recordar las brillantes expresiones de un gran dramaturgo francés contemporáneo cuando afirmaba que «el derecho es la más potente de las escuelas de la imaginación» y que «jamás un poeta ha interpretado tan libremente la naturaleza como un jurista la realidad»⁶⁸.

2. LA CERTEZA DE LAS VERDADES OFICIALES.

2.1. Breves indicaciones taxonómicas.

Las verdades oficiales a las que nos venimos refiriendo, de las que jurídicamente se deriva certeza con independencia de su correspondencia con la realidad⁶⁹, se afirman, unas veces, directamente por las normas, como es el

Cedam, 1937, págs. 29 ss. También insiste sobre ello en *La certezza del diritto* cit., págs. 204 s.; en donde confiesa que «un passo decisivo è stato, nella storia del mio pensiero, aver chiarito il valore della poesia, ch'è ogni guisa di *rappresentazione concettuale della realtà* (cursiva del autor). Già, il legislatore ha da essere un poeta. Dipingere un ritratto o costruire un articolo di legge è la stessa cosa: si tratta sempre di tradurre nel finito l'infinito». Véase también CARNELUTTI, *Meditazioni*, I, Roma, Tumminelli, 1943, págs. 58 ss.

Por lo demás, la realización del derecho se lleva a cabo mediante narraciones –la demanda, la contestación, la eventual reconvencción y consiguiente contestación, los escritos de conclusiones o de resumen de pruebas, la sentencia, el laudo, el dictamen (calificado, por cierto, en algunos países «*pro veritate*») o el informe en un expediente administrativo– que reconstruyen desde el punto de vista de su autor los hechos que se tienen en cuenta. Por eso se ha podido decir por un conocido jurista, con apreciación trasladable a cualquier contexto, que «el narrador da forma a la realidad»: cfr., TARUFFO, *Simplymente la verdad* cit., pág. 67, en donde se cita a otros autores.

⁶⁷ Cabe aquí señalar que «la verité ne peut être déterminée en dehors du langage», según certera expresión que se recoge por PETEV, *L'interprétation des faits et l'interprétation du droit*, en *Interprétation et droit* cit., pág. 52, n. 7.

⁶⁸ Cfr. GIRADOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acto II, escena 5ª, en *Le theatre complet*, vol. 6, Neuchatel et París, Ides et Calandes, 1946, pág. 81.

Con palabras no menos sugestivas, un joven y prestigioso historiador ha comentado, a propósito de ciertas experiencias socio-políticas, que «non è la realtà a superare la fantasia bensì l'inesauribile e potentissima fantasia degli uomini a inventare la realtà»: cfr. GOTOR, *Il memoriale della repubblica*, Torino, Einaudi, 2011, pág. 72.

⁶⁹ La certeza que se tiene en cuenta en este pequeño estudio supone, según es fácil de apreciar, la indicación a los particulares de las referencias sobre cuya apreciación han de tomar sus decisiones y conducir sus actuaciones, de modo que la misma no puede confundirse con los supuestos negociales –tales como la repetición del negocio jurídico, el reconocimiento de un derecho o de un hecho o la confesión extrajudicial– que se dirigen a determinar, a afirmar o a «fijar» situaciones preexistentes, eventualmente inciertas o discutibles, para determinar su certeza: sobre estas cuestiones se recuerdan los magníficos trabajos de FALZEA, S.V. «Accertamento», en *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1958, págs. 205-219, y de GIORGIANNI, S.V. «Accertamento (negozio di)», *ibi*, págs. 227-243.

caso de las verdades presupuestas –que descienden de la ley o de los principios generales detectados por la jurisprudencia–, el caso de las verdades aparentes, el caso de las verdades ficticias –salvo los escasos supuestos de ficciones negociales–, el caso de las verdades presuntas y, desde luego, el caso de las denominadas verdades falsas. En otras ocasiones tales verdades alcanzan relevancia en cuanto constituidas, en ejercicio de la autonomía que les compete, por los particulares, como son los supuestos de las verdades simuladas y de las verdades fiduciarias.

Desde otro punto de vista, las verdades oficiales –que aquí se examinan fundamentalmente en la circunscrita perspectiva del derecho civil⁷⁰– pueden ser, según ya se ha sugerido antes, reversibles, por poder ser descabalgada su transcendencia en orden a reconducir las cosas a la verdad sustancial, o, por el contrario irreversibles, en cuyo caso es persistente la divergencia entre la verdad oficial constituida en certeza por las normas y la realidad histórica o material. En este sentido, son reversibles las verdades aparentes, las presuntas, las simuladas y las fiduciarias; e irreversibles, en cambio, las verdades presupuestas, las ficticias y las falsas. En efecto, mientras la presunción es una suposición de verdad que autoriza a dar paso a la prueba contraria, la ficción es decisiva independientemente de su falta de exactitud.

Tras la expresión de estas sucintas precisiones clasificatorias, respecto de las que las figuras diferenciadas no siempre son entre sí excluyentes⁷¹, se hace a continuación un esbozo de las «verdades oficiales» más características, limitadamente a aquéllas –*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*– que pueden considerarse como más nítidamente configuradas⁷².

2.2. Las verdades presuntas.

Entre las ya antes indicadas verdades oficiales, las verdades presuntas se proclaman frecuentemente por el derecho mediante las normas que conside-

⁷⁰ No se estudian, por tanto, las cuestiones, más básicas y fundamentales, que se refieren, de una parte, al desinterés o incluso rechazo de la consideración de la verdad en el discurso filosófico o en el jurídico –desinterés o rechazo derivados de concepciones relativistas, constructivistas o nihilistas– y, de otra a la conveniente afirmación del valor de la verdad en el ámbito de la moral, de la política, de la administración de justicia, de la economía y, en general, en la vida social.

⁷¹ Por ejemplo, parecen del todo conjugables, por poder tener correspondencia entre sí, la verdad aparente y la verdad ficticia, en cuanto que la aparente se tiene en cuenta «como si» respondiera a la realidad. En relación a la figura del «funcionario aparente», a que luego se hace referencia, y a propósito de un matrimonio civil autorizado por quien no estaba habilitado para ello, subraya la interconexión ahora aludida PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* cit. § 91, pág. 222, que justamente hace mención de la creencia en la legalidad de la investidura del autorizante de la boda.

⁷² No se hace referencia por eso a las que podrían acaso denominarse «verdades contrahechas», por ser configuradas negocialmente por los particulares utilizando un tipo contractual para perseguir los efectos de otro. De estos supuestos, que la doctrina agrupa

ran verificados ciertos hechos cuya verdad no es segura y cuya averiguación el derecho ni siquiera promueve directamente⁷³.

Tal ocurre con las numerosas presunciones legales, aún en el caso de las llamadas *iuris tantum*, a las que con tanta habitualidad recurre el ordenamiento positivo, con la determinación, de economía procesal, de aligerar el *onus probandi* o bien con la intención de excluir del contenido de dicha carga aquello que es difícil de probar o conviene presumir en atención a las conveniencias del tráfico. Las presunciones constituyen, en efecto, en cuanto adoptadas por el legislador «al considerar que en ocasiones es posible cruzar sin imprudencia la frontera teórica que separa la probabilidad de la certidumbre», una «verdad suficiente» de la que se tiene necesidad⁷⁴, una «suposición de verdad» que da lugar, en definitiva, a una «certeza», aunque el valor de ésta pueda eventualmente claudicar, ya que, como se conviene

bajo el rótulo de «negocios indirectos», serían ejemplos la venta de una finca *nummus unus* o por un euro con el propósito de donar, el nombramiento de un administrador con relevación de la obligación de rendir cuentas al igual objeto de beneficiarle o la constitución de una sociedad anónima con parientes o dependientes que nada aportan al capital. La catalogación de los negocios indirectos dista de ser asumida de manera compartida por la doctrina y, para algunos, puede confundirse, como en el caso del último ejemplo aludido de la sociedad «de favor», con el negocio fiduciario, de manera, por otra parte, que los diferentes supuestos de donación indirecta –más abundantes en la práctica que los antes aludidos, como la renuncia unilateral al cobro de una deuda o la renuncia a la cuota de participación en un bien común, para favorecer al deudor o a los demás copropietarios– están lejos de constituir «una categoría unitaria objeto de una regulación específica en todo su régimen»: cfr., sobre este último aspecto, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de derecho civil*, II-2 (4ª ed. revisada y puesta al día por Rivero Hernández), Madrid, Dykinson, 2009, pág. 110 s.

Sobre la aludida categoría negocial es clásica la obra de RUBINO, *Il negozio indiretto*, 1938, con versión española de Rodríguez Arias, Madrid, 1953, y sobre la última figura indicada puede verse la contribución de ORTEGA PARDO, *Donaciones indirectas*, en *Anuario de Derecho Civil*, II-3 (1949), págs. 918 ss.

⁷³ Mediante la presunción, en efecto, se tiene por cierto un hecho que la parte beneficiada por aquélla debería en principio probar, pero de cuya eventual prueba se le dispensa atribuyéndose a la otra parte la demostración de lo contrario. Por eso se ha podido decir que la presunción, al dar por existente lo que no se prueba, tiene una dimensión contraepistémica: cfr. TARUFFO, *Simplemente la verdad* cit., pág. 260.

El ordenamiento, en efecto, da por bueno el hecho incierto que resulta de la presunción, de modo que el favorecido por ella no lo tiene que probar: cfr. art. 385.1 Lec., si bien las normas son conscientes de que el hecho presunto puede no corresponderse con la realidad, por lo que han previsto que el perjudicado por la presunción pueda conseguir destruirla mediante la prueba en contrario: cfr. 385.3 Lec.

⁷⁴ Cfr. LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique* cit., pág. 587.

desde antiguo, *praesumptum esse debet nisi contrarium approbetur*⁷⁵, pudiéndose decir que la posibilidad de la prueba contraria es la nota característica de la presunción legal.

Los ejemplos de afirmaciones de certezas legales basadas únicamente en verdades presuntas, que se asientan en la probabilidad que se infiere de datos conocidos con el apoyo de la experiencia o en la verosimilitud⁷⁶ de los mismos en su correspondencia con la normalidad del *id quod plerunque accidit*⁷⁷ y que, en cuanto tales, pueden o no corresponderse con la realidad, podrían multiplicarse. Se pueden recordar aquí desde el caso de la presunción de la muerte de una persona desaparecida o ausente⁷⁸ al de la presunta consideración de que el mandato es gratuito⁷⁹; desde la presunción de continuidad posesoria o de posesión intermedia⁸⁰ a la que considera que el arrendatario recibe en buen estado la cosa arrendada⁸¹; desde la presunción de comunidad a la opuesta de pertenencia exclusiva de la pared medianera⁸²; desde la presunción de culpa del deudor de la cosa que se pierde en su poder y debe entregar⁸³ a la de la voluntariedad de la entrega por el acreedor del documento acreditativo de la deuda que se halla en poder del deudor⁸⁴; desde la

⁷⁵ Cfr. HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho* (tras. esp. de Sancho Seral), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1931, págs. 16, 29 y 46.

En la doctrina italiana es clásica la obra de RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile*, Torino, 1890 y, entre nosotros, es fundamental el estudio de SERRA DOMÍNGUEZ, *De las presunciones*, en *Comentario al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), XVI-2, Madrid, Edersa, 1991. Véase también, de este último autor, *Comentario del Código civil* (antiguos arts. 1249 y 1250), II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 414 ss.

⁷⁶ *Veresimile est, nisi evidentissimis probatonibus ostenderit* (*Digesta*, 12, 14, 6).

⁷⁷ Aunque en una línea no coincidente, hace apreciaciones interesantes sobre la distinción entre verosimilitud y probabilidad TARUFFO, *Simplemente la verdad* cit., págs. 105 a 108.

⁷⁸ Cfr. arts. 193 y 194 Cc.

⁷⁹ O bien que se presume la obligación de reenumerarlo cuando «el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato»: cfr. art. 1711 Cc.

⁸⁰ Cfr. arts. 459 y 1960, 2º, Cc.

⁸¹ Cfr. art. 1562 Cc.

⁸² Cfr. arts. 572, 573 y 574 Cc.

⁸³ Cfr. art. 1183 Cc. La jurisprudencia tiene declarado que, aunque el precepto se refiere a obligaciones de dar, su norma «se extiende, no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a todo tipo de obligaciones, como las de hacer o no hacer»: cfr. STS. de 28 de enero de 1998.

⁸⁴ Cfr. art. 1189 Cc. Muy razonablemente expresó la STS. de 30 de abril de 1904 que la presunción establecida en este precepto «presupone también, por su naturaleza

presunción de que todas las obras, siembras y plantaciones han sido hechas por el propietario⁸⁵ a la presunción de la ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio⁸⁶; desde la presunción de igualdad de las porciones de los partícipes en una comunidad de bienes⁸⁷ a las numerosas presunciones posesorias referidas al mantenimiento del título con que se posee, a la justicia de dicho título o a que posee quien tiene su derecho inscrito en el registro de la propiedad, presumida posesión que, a su vez, se presume pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe⁸⁸. Puede también recordarse aquí la presunción de paternidad del marido del hijo al que su esposa da a luz⁸⁹. Otra presunción legal que supone una verdad oficial, coincidente o no con la realidad histórica o material, es la que afirma la certeza de cuanto –aunque, como puede ocurrir, no se corresponda con la verdad– consta en los libros

de hecho, que el documento a que el mismo se refiere haya estado en algún momento en poder del acreedor, pues de otra suerte no cabría imaginar siquiera la entrega voluntaria».

⁸⁵ Cfr. art. 359 Cc. La jurisprudencia suele señalar que el precepto es manifestación de la fuerza expansiva del dominio: cfr., por ejemplo, las STS. de 16 de marzo de 1993 y de 12 de mayo de 1998.

⁸⁶ Cfr. art. 1361 Cc. Ya puede comprenderse que esta presunción es de gran trascendencia práctica, como demuestra la abundante doctrina jurisprudencial recaída sobre la indicada norma: cfr., entre otras, las STS. de 24 de julio de 1986, de 29 de diciembre de 1987, de 20 de noviembre de 1991, de 23 de diciembre de 1992, de 18 de julio de 1994, de 20 de junio y de 25 de septiembre de 1995, de 8 de marzo y de 2 y de 24 de julio de 1996, de 10 de marzo de 7 de abril, de 14 de julio y de 29 de septiembre de 1997 y de 17 de febrero de 1998. Muchas de estas STS. insisten en que la prevista presunción de ganancialidad requiere, para ser desplazada por la apreciación de privacidad, «prueba expresa y cumplida, no bastando la indiciaria».

⁸⁷ Cfr. art. 393 Cc.

⁸⁸ Cfr. arts. 436 y 448 Cc. y 35 y 38 Lh. La presunción contenida en el art. 38 Lh. se induce a su vez de la presunción contenida en el anterior art. 35 Lh. desconociéndose así la vieja enseñanza de que *praesumptum de praesumpto non admittitur*.

⁸⁹ Cfr. art. 116 Cc. Esta presunción, como dice la STS. de 11 de febrero de 1987, responde «al conocimiento que transmiten reglas y máximas de experiencia seculares y que resguardan el ámbito de intimidad del matrimonio y su estabilidad familiar» y se justifica por ser la paternidad «un hecho de difícil prueba», en razón de cuya dificultad establece la ley, como dice la STS. de 16 de abril de 1969, «una doble presunción: explícita la relacionada con el tiempo de la concepción, presumiéndose legítimos (ahora matrimoniales) los (hijos) nacidos dentro de cierto plazo (después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges); e implícita en orden a la paternidad, presumiéndose que el marido de la madre es padre de los hijos concebidos durante el matrimonio». La STS. de 14 de octubre de 1985 se refiere al «muy rancio abolengo» de la presunción de paternidad de la filiación matrimonial, que arranca de un texto del derecho romano (*pater vero is est quem nuptias demonstrat*), que pasó al derecho canónico medieval (*qui natus est de uxore alicujus praesumitur filius iustus*) y que se recibió luego en la codificación.

del registro, por estar establecido que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo»⁹⁰. En todos estos casos el legislador, siguiendo las reglas que se derivan de la probabilidad basada en la experiencia o de la verosimilitud, deduce plausiblemente que es lo más probable que de unos hechos ciertos y conocidos, por admitidos o probados se sigan otros no conocidos que, en consecuencia de aquéllos, pueden ser presumidos, de manera que respecto de estos hechos presuntos se dispensa de su prueba a la parte litigante a la que la presunción favorece⁹¹.

Para no abusar de enumeraciones que sería bien fácil ampliar⁹², haré una simple mención de la ideológica «presunción de inocencia», tan importante en el ámbito del derecho penal, así sustantivo como procesal⁹³, y me entretendré brevemente en las llamadas presunciones de buena fe, tenidas también frecuentemente en cuenta por el ordenamiento en relación al matrimonio, a la posesión o a la adquisición *a non domino*⁹⁴.

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las presunciones legales, cuyo establecimiento por parte del legislador supone, como hemos visto y en correspondencia con el concepto de presunción adoptado por el ordenamiento, una deducción lógica –basada en las ideas de probabilidad⁹⁵ o de verosimilitud– que infiere de un hecho indicio que es procesalmente cierto, por conocido, probado o admitido, la existencia de un hecho ignorado, la presunción de buena fe no la formula el legislador en función, como establece la propia ley, del «enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción»⁹⁶, sino que la establece directamente y sin referencia a hecho conocido alguno de que parta una deducción, si bien por plausibles razones de pragmática oportunidad o

⁹⁰ Cfr. art. 38 Lh., en su proposición primera.

⁹¹ Cfr. art. 385. 1 Lec.

⁹² También podrían recordarse la presunción de convivencia de los cónyuges del art. 69 Cc., la presunción de ser medianeros los árboles existentes en un seto vivo medianero del art. 593 Cc., la presunción de no tener el depositario permiso para servirse o usar de la cosa depositada del art. 1768 Cc. o las presunciones de subrogación en la relación obligatoria a que se refiere el art. 1210 Cc.

⁹³ Cfr. art. 24.2, *in fine*, Const., sobre el que es abundantísima la jurisprudencia, en materia de amparo, del Tribunal Constitucional.

⁹⁴ Cfr. arts. 79 y 434 Cc. y 34 y 35 Lh.

⁹⁵ Como reza, en efecto, un viejo brocardo, *praesumptio sumitur de eo quod plerunque fit*, máxima a la que se equipara en Francia la de que «la présomption se tire de ce que arrive le plus souvent»: cfr. ROLAND-BOYER, *Adages du droit français* (4ª ed.), Paris, Litec, 1999, pág. 666. Por su parte, HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho cit.*, pág. 125, habla a propósito de las presunciones de «cristalización de los dogmas de la experiencia».

⁹⁶ Cfr. art. 385.3 Lec.

de seguridad jurídica cuyas implicaciones sería ahora muy largo de explicar. Por tal circunstancia, me ha parecido que a la presunción de buena fe se la puede calificar de irregular, por no ser deducida de un indicio consistente en un hecho previamente considerado cierto o conocido por admitido o probado, frente a la calificación de regulares que conviene a las presunciones, como las anteriormente enumeradas, que se corresponden, en cambio, con el concepto de presunción legal que ha confeccionado el propio legislador⁹⁷.

En razón de poder afirmar las presunciones legales certidumbres sobre hechos que acaso no se corresponden con la realidad, todas ellas –salvo las conocidas como *praesumptiones iuris et de iure*, de las que luego se hace mención– pueden rebatirse mediante la prueba en contrario. Es por ello por lo que se ha dicho desde antiguo⁹⁸ que las presunciones legales se caracterizan por ser «verdades provisionales»⁹⁹, si bien, cuando no se rebaten oportunamente, se convierten, aunque no respondan a la verdad, en «certezas definitivas».

La presunción de un hecho del que no sabe si existe puede ser también indicada –según ocurre en la tradicionalmente llamada *praesumptio facti*, luego *praesumptio hominis* o también «presunción simple» y ahora denominada legalmente «presunción judicial»– como establecida por el juzgador, puesto que, «a partir de un hecho admitido o probado», «el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»¹⁰⁰. En relación a esta presunción judicial, cuya base se encuentra en las que pueden llamarse «reglas de la vida»¹⁰¹, es claro que, aunque se exija en el juez que su razonamiento sea lógico, no puede de ello derivarse que lo decidido por el juzgador responda realmente a la verdad, aunque, como dice el texto legal, comporte «certeza, a los efectos del proceso». Como se observa con facilidad, también se da aquí por presupuesto, en efecto, que, en derecho, «certeza» y «verdad» no tienen necesariamente

⁹⁷ Me permito remitir, a propósito de estas cuestiones, a LUNA SERRANO, «El concepto de presunción legal y las denominadas presunciones legales irregulares», en *La prueba judicial* cit. págs. 213 a 223.

⁹⁸ De ahí la vieja *regula iuris* de que *probatio vincit praesumptionem* o la antigua afirmación doctrinal de que *praesumptio cedit veritati*, recordaba por DE MAURI, *Regulae iuris* (11ª ed.), Milano, Hoepli, 2010 (reimpresión), pág. 182.

⁹⁹ Así ya las calificaba, por ejemplo, Leibnitz, que de ello justamente concluía que la presunción no es, en sí misma, una prueba, en cuanto que subsiste «jusqu'à ce qu'il est preuve du contraire». «Presumer –precisaba– n'est donc pas prendre avant la preuve, ce qu'il n'est point permis, mais prendre par avance mais avec fondement, en attendant la preuve contraire»: cfr. GIULIANI, *Leibnitz e la teoria dei fatti relazionali*, en *Studia prawnicze*, 1985, fascs. 3-4 (en honor de Wróbleswski), págs. 39 ss., en donde se recoge el pasaje transcrito en el texto.

¹⁰⁰ Cfr. art. 386.1 Lec.

¹⁰¹ La expresión es de HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho* cit., pág. 210.

te que coincidir: por si fuera necesaria una mayor argumentación, obsérvese que es la propia ley la que admite la posibilidad de que la certeza que deriva de la presunción judicial, obtenida mediante una deducción lógica que ha de ser debidamente razonada, no se corresponda con la verdad, en cuanto que permite, aunque no hay acuerdo doctrinal sobre la vía procesal apta para practicarla, la prueba en contrario que destruya dicha presunción¹⁰².

2.3. Las verdades presupuestas.

A veces, el derecho presupone, de manera intuitiva¹⁰³, la existencia de ciertas situaciones y opera en consecuencia como si tales situaciones o circunstancias se hubieran dado en la realidad, otorgándoles la virtualidad de elementos de integración de las previsiones del ordenamiento.

La calificación de estos supuestos de diferenciación entre «certeza» y «verdad» se reporta al concepto de la denominada «presuposición» que se constituiría sobre la «base del negocio»¹⁰⁴ y que, en cuanto a su posible va-

¹⁰² Cfr. art. 386.2 Lec.

Entre las *praesumptiones hominis* más características están las que deducen del comportamiento silente de una persona una declaración tácita de la voluntad contractual. Las circunstancias de tal actitud pueden dar lugar, en efecto y mediante una lógica ilación, a presumir que se ha consentido en contratar: cfr. la STS. de 31 de diciembre de 1987, que precisa adecuadamente que «el consentimiento es presunto cuando, no siendo expreso, es meramente probable según las circunstancias», circunstancias que habrían de consistir, naturalmente, en los llamados *facta concludentia*. Lo derivado de tal conclusión sólo podría tenerse en cuenta por la «vía judicial probatoria para hacerlo aflorar al mundo de la validez y eficacia jurídica, (que) no puede ser otra que la de la presunción»: cfr. STS. de 16 de abril de 1985, que recuerda lo que ya declaró *a sensu contrario* la STS. de 28 de enero de 1983.

¹⁰³ Sobre ciertos aspectos relativos a la intuición de la que llama ontología presupuesta, puede verse GRZEGOREZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1982, obra señalada por PINTORE, *Il diritto senza verità* cit. págs. 53, n. 20, y 56, n. 26.

¹⁰⁴ La idea de «presuposición» que campea en el concepto de «implicitud» que se contiene en el art. 1124 Cc. y a la que se refiere en concreto la STS. de 17 de mayo de 1986, en relación a la resolución contractual, se propende hoy a sustituir por las más objetivas de la desaparición de la «base del negocio» o de la frustración del «fin del contrato», según es de ver, a partir de la STS. de 30 de junio de 1948, en las STS., entre otras, de 23 de noviembre de 1962, de 10 de octubre de 1980, de 9 de diciembre de 1983, de 27 de octubre de 1986, de 14 de diciembre de 1993 o de 20 de abril de 1994. Es evidente, sin embargo, que ambos conceptos no son sino versiones relativas a la posición psicológica con que actúan los contratantes, como evidencian las STS. que se refieren a la no obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato y la contradicción que respecto de ella supone la frustración de las legítimas expectativas económicas de quienes pactan o del fin práctico que los contratantes esperan alcanzar: vid., en este sentido, entre otras, las STS. de 18 y de 25 de noviembre de 1983, de 21 de enero de 1984, de 22 de marzo de 1985 o de 11 de julio de 1991.

Sobre estos temas puede verse la contribución de NICOLUSSI, *Presuposizione e risoluzione*, en *Europa e Diritto privato*, 2001-4, págs. 843 ss.

lencia averiguadora de la voluntad negocial¹⁰⁵, podría enlazarse con la vieja categoría interpretativa de las *conjecturae*¹⁰⁶. Aunque en la actualidad no alcanzan particular relieve en la disciplina normativa ni su concepto suscita excesiva atención doctrinal, no dejan de estar presentes en nuestra legislación ni de recurrir a ellos la jurisprudencia.

En el ámbito legislativo, basta recordar al respecto que el muy importante art. 1124 del Código civil se apoya en una verdad presupuesta cuando afirma que «se entiende implícita en las recíprocas» la facultad de resolver por incumplimiento las obligaciones¹⁰⁷, precepto que, muy razonablemente, se ampara en la idea, tan sencilla como profunda, de que «no es normal, salvo en situaciones de beneficencia, compasión o caridad, que un ser humano, de natural egoísta, sacrifique una parte de su patrimonio, o asuma una carga obligacional, y se avenga a empobrecerse en beneficio de otro sin justificación alguna, sin recibir algo que para él valga más, o lo prefiera a lo que sacrifica», pues es claro que «nadie se sacrifica sino es por causa de que va a recibir la contrapartida», de modo que, si tal habitual creencia actúa subjetivamente, ella «objetivamente exige que la contrapartida sea real»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ La teoría de la presuposición puede, en efecto, presentarse con un perfil interpretativo en orden a la averiguación del contenido de la voluntad negocial. Tal concepción doctrinal podría permitir al intérprete, sin caer en los excesos del psicologismo, individualizar el verdadero contenido de la voluntad declarada, «a través de la comprobación de las circunstancias en que se desarrolla el procedimiento contractual, y de su verdadero objeto, así como alcanzar no únicamente la auténtica intención de los autores del negocio o *causa impulsiva*, sino también su fundamento ético (*causa materialis*) protegida por la ley en la *causa finalis*»: cfr. PALAZZO, *Ética del diritto privato* (obra que también contiene escritos de Ferranti), I, Padova, Cedam, 2002, pág. 91.

¹⁰⁶ En la doctrina de nuestros clásicos es habitual colocar en el ámbito de las conjeturas la señalada en el texto como cláusula *rebus sic stantibus*: cfr. CASTILLO DE SOTOMAYOR, *De conjecturis*, IV, 59, núms. 11 ss., págs. 604 ss.

Por su parte, y aunque amparada bajo el rótulo de presunción, se acerca más al concepto de presuposición la clásica «conjetura de piedad» que tradicionalmente ha señalado, en el derecho sucesorio catalán, que, si se impone expresa o tácitamente al hijo o descendiente del fideicomitente la substitución fideicomisaria a favor de persona que no cumple dicha condición, se habrá de entender —«por conjetura de piedad»— que el fideicomiso se dispuso bajo la condición de que muriese el fiduciario sin dejar hijos o descendientes: cfr. art. 191 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, aprobado por la ley 40/1998, de 30 de diciembre, si bien la referencia a dicha conjetura se ha suprimido ahora en el art. 426-15 del libro IV del Código civil de Cataluña, aprobado por ley 10/2008 de 10 de julio.

¹⁰⁷ La STS. de 21 de febrero de 1990 refiere básicamente la resolución contractual al juego de la presupuesta cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁰⁸ Tomo estas expresiones de un texto inédito —espléndido como suyo— de PINTÓ RUIZ, *Estudio sobre el art. 1.124 del Código civil*, constitutivo de una ponencia presentada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (curso 2010-2011), cuyo envío

Por lo demás, y aunque en estos supuestos no se haga referencia a ninguna cláusula condicional implícita, es también de considerar que la idea de la presuposición se encuentra en la base de las normas que, frente al principio general de irrevocabilidad de las donaciones, previenen excepcionalmente la revocación, a iniciativa del donante, de las mismas y que se contienen en los arts. 644 y 648 del Código civil¹⁰⁹.

Por su parte, la jurisprudencia, aunque con continuas llamadas de atención a la cautela y a la prudencia, no deja de acudir, recordando a veces la teoría de la presuposición o de la base del negocio¹¹⁰, a una hipotética y presupuesta condición tácita o «no desarrollada» y, en concreto, a una «implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus*» en orden a corregir, a través de una suerte de *reductio ad equitatem*, los sobrevenidos e imprevisibles desequilibrios que se producen, con carácter grave, en las relaciones contractuales¹¹¹.

2.4. Las verdades aparentes.

Mayor interés pueden suscitar las verdades aparentes, frecuentemente tenidas en cuenta por el derecho con el fin de establecer «certeza» por par-

mucho agradezco. Con ideas que con las expuestas se corresponden, explica TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto civile* (2ª ed.), Milano, Giuffrè, 1975, pág. 347, que «se habla de presuposición cuando existe un motivo conocido por ambas partes y que es el determinante para justificar económicamente el contrato, como, por ejemplo, la compra de un terreno para construir un hotel que luego no tiene la oportuna licencia».

Entre las diversas contribuciones sobre el precepto citado en el texto pueden verse las de JORDANO BAREA, *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, págs. 307 ss.; ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 2003; CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992; DELL'ACQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, J.M. Bosch, 1987; VERDERA, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, Cedam, 1994; HAZA, *El incumpliendo resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996; y DIEZ PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

¹⁰⁹ En relación al supuesto concreto de la revocación de las donaciones por ingratitud del art. 648 Cc., la STS. de 29 de noviembre de 1969, se refiere a un psicológico *ius gratitudinis* que asistiría al donante y a los correlativos «deberes morales» de agradecimiento que recaerían sobre el donatario. Cfr., sobre la excepcionalidad indicada en el texto la STS. de 21 de mayo de 1984.

¹¹⁰ Cfr., por ejemplo, las STS. de 17 de mayo de 1986, de 21 de febrero y 10 de noviembre de 1990 y de 6 de noviembre de 1992.

¹¹¹ Sobre el aprovechamiento de esta categoría –de elaboración doctrinal– por el Tribunal Supremo con la finalidad indicada en el texto, vid., por todas sus resoluciones y en razón de su expresividad, la STS. de 23 de abril de 1991, que resume y sistematiza

te del ordenamiento, que, como es bien sabido, suele tener muy en cuenta el *statu quo* y, en consecuencia con ello, las apariencias. En el caso de las verdades aparentes es indudable, como vamos a ver, que el derecho se fija atentamente en la realidad, pero es igualmente cierto que «prefiere la realidad superficial a la profunda realidad»¹¹², es decir, que se contenta con lo que «aparece» y, por razones de utilidad que reclama la organización de la vida social, sin exigirse la averiguación de lo que realmente «es».

Es indudable, como ha puesto de relieve nuestra mejor doctrina, la apariencia de titularidad de las cosas que se desprende de su posesión, en particular de la posesión que se disfruta en los bienes muebles. El ejemplo más significativo de la virtualidad de la apariencia de propiedad que se desprende de la posesión es la figura de la adquisición *a non domino* a que se refiere el tan estudiado por la doctrina art. 464 del Código civil, a tenor del cual y siguiendo la vieja regla originada en el derecho consuetudinario francés de que «en fait de meubles possession vaut titre», recogida literalmente en el art. 2279 del Código de Napoleón, se dispone que «la posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título», precepto que es mayoritariamente entendido en el sentido de que el título a que se refiere la norma es el título de propiedad¹¹³. También en razón de la virtualidad de la apariencia dispone el artículo 85 de Código de comercio que «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertos al público causará prescripción de derecho a favor del comprador», aunque el vendedor no sea propietario,

la jurisprudencia anterior y cuya doctrina se ha trasladado a otras sentencias posteriores, como, por ejemplo, las STS. de 6 de noviembre de 1992, de 29 de mayo y de 10 de junio de 1996 y de 10 de febrero de 1997.

Son de recordar sobre esta cuestión las contribuciones de BADENES GASSET, *El riesgo imprevisible*, Barcelona, Bosch, 1946; de CANDIL, *La cláusula «rebus sic stantibus»* (2ª ed.), Madrid, 1946; de ATTARD ALONSO, *En torno a la cláusula «rebus sic stantibus»*, Valencia, 1951; de TERRAZA MARTORELL, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad*, Barcelona, Bosch, 1953; de ARRECHEDERRA ARANZADI, *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid, 1978; de GAVIRIA, *Presuposición y riesgo contractual*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1987-2, págs. 525 ss.; de DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula «rebus sic stantibus»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003; y de MARTÍNEZ VELENCOSO, *La alteración de las circunstancias contractuales*, Madrid, Cívitas, 2003. En la doctrina italiana es clásica la obra de PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, Cedam, 1952.

¹¹² Cfr. LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique* cit., pág. 593.

¹¹³ Que se trate propiamente de título de propiedad –dándose lugar, por tanto, a una adquisición *a non domino*– no deja de tener contradictores en nuestra doctrina, pero la opinión indicada en el texto –que acoge la llamada interpretación «germanista» del precepto–, aparte de obtener amplio sufragio científico, es también seguida con frecuencia por la jurisprudencia: vid., por ejemplo, entre otras, las STS. de 3 de marzo de 1980, de 26 de junio de 1984, de 15 de febrero de 1990 y de 25 de febrero de 1992.

sino mero tenedor, de las mismas¹¹⁴. La idea de protección de la apariencia subyace también a la consideración de la creencia de que el contenido en los asientos registrales se corresponde con la verdad que se deriva de la realidad y de que, en tal sentido, suministra a quien consulta el registro de la propiedad una certeza que cuando sirve de base a una decisión que se toma en función de ella no se puede defraudar: en virtud del art. 34 de la ley hipotecaria, en efecto, quien adquiere de buena fe un inmueble de quien, según el registro, se lo puede transmitir y paga por dicha adquisición e inscribe la misma «será mantenido en su adquisición»¹¹⁵. Piénsese asimismo en la trascendencia del llamado «signo aparente» de la servidumbre, que determina, de una parte, que no se pueda alegar desconocimiento de la existencia del gravamen cuando se adquiere la finca sirviente sin que aquél conste en los libros del registro –al tener la apariencia que se desprende del signo tanto o más valor que la publicidad registral¹¹⁶– y, de otra, que, si el signo no se destruye o se le priva de relevancia, puede dar lugar al supuesto de la llamada constitución de servidumbre por destino del padre de familia¹¹⁷.

Por lo demás, con el hecho de poseer se conectan o derivan otras numerosas presunciones legales, a las cuales se ha hecho referencia con anterioridad.

Debe hacerse también referencia aquí a los supuestos del valor de la apariencia de la llamada posesión de estado –cifrada por los clásicos en el *nomen*, el *tractatus* o la *fama*– respecto de la reclamación de la filiación o de la que se entraña en la figura mercantil del «factor notorio»¹¹⁸,

¹¹⁴ Véase también el art. 195 Ccom., según el cual «el poseedor de los resguardos (expedidos por las compañías de almacenes generales de depósito, conocidos como «warrants») tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados».

¹¹⁵ Sobre los temas indicados en el texto puede verse la interesante contribución de DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1975.

¹¹⁶ Véanse, en tal sentido, entre otras muchas, las STS. de 25 de febrero de 1956, de 27 de junio y de 23 de octubre de 1980, de 15 de marzo de 1993, de 23 de marzo de 2001 y de 2 de diciembre de 2002.

¹¹⁷ Cfr. art. 541 Cc. Sobre el tema pueden verse BONET CORREA, *La constitución de servidumbre por signo aparente. La «destinación del padre de familia»*, Madrid, C.S.I.C., 1970, y LLÁCER MATAJÁS, *El título constitutivo en el art. 541 del Código civil*, Barcelona, Bosch, 1996.

¹¹⁸ A la figura del factor notorio se refiere el art. 286 Ccom., según el cual –y en base a la apariencia– la actividad de dicho factor vincula al empresario cuando aquélla se desenvuelve en el ámbito del «giro y tráfico del establecimiento». Como declara una doctrina jurisprudencial muy consolidada, la actividad de dicho «factor» crea la apariencia de estar contratando con un verdadero apoderado: cfr., en tal sentido, entre otras muchas, las STS. de 30 de septiembre de 1960, de 22 de junio de 1989, de 14 de mayo de 1991, de 13 de mayo de 1992, de 18 de noviembre de 1996, de 31 de marzo de 1998, de 27 de diciembre de 1999, de 2 de abril de 2004, de 7 de noviembre de 2005, de 6 de marzo de 2006 y de 27 de marzo y de 28 de septiembre de 2007.

en la figura administrativa del «funcionario de hecho» –que, sin nombramiento legal, ejerce aparentemente funciones públicas¹¹⁹– o en la figura del juez, alcalde o funcionario incompetente o falto de legítimo nombramiento que no se presenta como tal, sino que ejerce sus funciones públicamente, y autoriza un matrimonio civil¹²⁰. En cierto modo, se comunica aquí y subyace en todos estos casos la idea de la trascendencia aparental de la posesión de los bienes, categoría conceptual a semejanza de la cual, como ya demuestra la indicada referencia a la posesión de estado, se han configurado los otros supuestos de consideración de la apariencia por parte del legislador. En este sentido, alcanza especial relieve en el derecho la figura de la posesión del crédito, en el sentido de que el pago hecho al acreedor aparente, que aunque sin serlo es apreciado socialmente como tal, «liberará –como dice el art. 1164 del Código civil– al deudor»¹²¹. Juntamente con la figura del acreedor aparente alcanzan también especial relieve en la práctica la figura del propietario aparente¹²²,

¹¹⁹ En este sentido, por ejemplo, se considerarían válidos los actos llevados a cabo por un funcionario cuyo nombramiento como tal fuera nulo y antes de declararse su nulidad. Sobre esta figura puede verse la contribución de FLISFISCH BRONSTEIN, *El funcionario de hecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1968 (un vol. de 117 págs.).

¹²⁰ Cfr. art. 53 Cc.

¹²¹ De la figura del acreedor aparente se ha ocupado con frecuencia la jurisprudencia: cfr., entre otras, las STS. de 4 de julio de 1944, de 12 de junio de 1953, de 22 de febrero de 1988, de 30 de octubre de 1995 y de 17 de octubre de 1998, la última de las cuales explica acertadamente que el precepto indicado «implica protección de la confianza en la apariencia jurídica», lo que requiere que quien se presenta y actúa como acreedor lo haga con una apariencia adecuada, razonable, objetivamente verosímil», en cuanto que «sólo la razonabilidad de la legitimación aparente justifica la liberación del deudor».

No se crea que la figura del acreedor aparente no se da en la realidad, en particular en el caso de que se revista tal conceptualización social en función de ser una persona heredero aparente. No hace muchos años conocí el caso de una persona que se cuidó durante muchos años de la administración del patrimonio mobiliario y de los pagos que comportaba la atención de un tío suyo, de manera que, cuando murió éste, creyó de buena fe dicho sobrino, así como los hermanos del fallecido, que aquél era su heredero. Dicho sobrino y aparente heredero, muy conocido en la oficina de una entidad bancaria como gestor de los valores mobiliarios depositados en ella, siguió manejando tales depósitos, en calidad, creída por todos, de heredero. Al cambiar el director de dicha oficina bancaria y no conocerle el sustituto, éste pidió al aparente sucesor que documentase su calidad de heredero. Con gran sorpresa de éste y de sus otros tíos, el fallecido no había otorgado testamento, por lo que le sucedieron *ab intestato* y como parientes más cercanos del *de cuius* sus hermanos y tíos del que fue durante bastante tiempo su «heredero aparente».

¹²² En relación a la venta de una cosa ajena cuya figura se contempla en el art. 1599 del Código de Napoleón, la jurisprudencia francesa suele hablar del «propriétaire apparent» y del «propriétaire véritable»: cfr., por ejemplo, la S. de 22 de julio

la del heredero aparente¹²³, la del mandatario aparente¹²⁴ o también la de la llamada sociedad irregular o de hecho, que, a ciertos efectos, se tiene por constituida en cuanto basada en una agrupación de personas que reúnen todas las condiciones que serían necesarias para su plena existencia jurídica pero que no ha conseguido adquirir el necesario marchamo constitutivo previsto legalmente¹²⁵.

En todos los casos indicados, en que hay un defecto de derecho o un defecto de poder, la apariencia es fuente de una creencia errónea derivada de una situación de hecho, que es fruto de un déficit de información y que el ordenamiento no deja de considerar –se ha hablado a esto propósito en la doctrina francesa de una «*apparence légalisée*»¹²⁶– si el que se fía de dicha apariencia opera consecuentemente, es decir, con «creencia legítima» o de buena fe.

Dado que el fundamento de la protección de la apariencia se basa en un déficit de información, la categoría de las «verdades aparentes», en función de las cuales se orientan las conductas, alcanza en la actualidad un especial interés en materia de contratación con los consumidores y ello en el doble sentido –y al margen de los deberes de información, que son propios de todo contratante, pero que tienen una particular incidencia en tal suerte de

de 1986, en *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de Cassation*, 1986, I, nº 214, pág. 205.

Sobre la venta de cosa ajena pueden verse, entre otros, RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, J. M. Bosch, 1990, y FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, J. M. Bosch, 1994.

¹²³ Véase, sobre este punto, JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, págs. 668 ss. y FERNÁNDEZ ARROYO, *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, J. M. Bosch, 1994.

¹²⁴ La protección del tercero que adquiere del mandatario aparente es referida, en efecto, por la STS. de 3 de julio de 1976, a «una especie de protección de la confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica».

Sobre el mandatario aparente puede verse la contribución de GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente. Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1978.

¹²⁵ En las relaciones de la «sociedad» con los terceros habría de tenerse en cuenta la apariencia de sociedad que hubiera generado la confianza de dichos terceros. En este sentido, parece que la falta de personalidad jurídica de dicha sociedad no podría aducirse, para beneficiarse mediante la alegación del art. 1669 Cc., por los «socios», pudiendo los terceros que contrataron con la aparente sociedad alegar dicho precepto frente a los «socios» en defensa de sus intereses: véanse al respecto las STS. de 30 de abril de 1983 y de 17 de septiembre de 1984. Sobre la figura considerada puede verse VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

¹²⁶ Tomo esta expresión de DANIS-FANTÔME, *Apparence et contrat* cit., págs. 77 a 87.

contratación— de que, por una parte, la legislación de defensa de los consumidores suele otorgar fuerza obligatoria al contenido aparente del contrato, cuando es insuficiente la información, y de que, por otra parte, se da en ella trascendencia, para integrar el contenido del contrato, a los documentos publicitarios. En este sentido, el art. 61.2 del texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece que, tanto las «prestaciones propias de cada bien o servicio» como el «contenido de la oferta, promoción o publicidad» y las «condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas», «serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad del contrato»¹²⁷

El indicio de verdad que reside en la apariencia es, por lo demás, tan relevante para el derecho que sobre su base se asientan y formulan tanto el principio general de tutela de la confianza como el también principio general, que no es sino reverso del anterior, de la autoresponsabilidad, de los que ambos se aprovecha en sus resoluciones nuestra jurisprudencia¹²⁸.

A la protección de la confianza que se basa en la conducta exteriorizada por una persona se ordena también el —tantas veces aprovechado por la

¹²⁷ Por su parte, y en específica relación al «programa o folleto informativo» que contenga la oferta sobre el viaje combinado, la misma determina que su contenido tiene carácter vinculante para el organizador y el detallista de dicho viaje: cfr. arts. 152 y 153 del texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios.

En relación a la venta de viviendas, la jurisprudencia ha atendido en diversas ocasiones al valor de la propaganda relativa a las mismas en orden a la integración del contrato. Así, por ejemplo, la STS. de 27 de enero de 1977, con doctrina que se reitera en las STS. de 9 de febrero de 1981, 7 de noviembre de 1988, 20 de enero de 1989, 21 de julio de 1993 y de 8 de noviembre de 1996, declara que, «siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico, como dice la instancia, que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el art. 1258 Cc., al crearlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa».

¹²⁸ Véase a este propósito, por ejemplo, la STS. de 16 de noviembre de 1979, que declara que «en toda relación jurídica, en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza».

jurisprudencia¹²⁹— llamado principio general de *non venire contra factum proprium*, que se ordena a la exigencia de que la conducta observada por un sujeto sea coherente, de manera que los actos que realiza y que son percibidos por los demás no pueden ser modificados en perjuicio de quienes han puesto su confianza en lo que dichos actos significan.

2.5. Las verdades simuladas.

Otros supuestos de verdades oficiales consisten en las verdades simuladas, que son verdades putativas cuya credibilidad radica en la verosimilitud de mezclar la exteriorización de lo falso con la ocultación de lo verdadero¹³⁰. admitidas en nuestro ordenamiento a propósito de la contratación, en el ámbito de la cual la simulación llamada relativa es admitida sin ninguna dificultad¹³¹.

La simulación relativa es la que tiene lugar, con bastante frecuencia, cuando se dice celebrar un contrato (contrato simulado) cuando en realidad se quiere celebrar otro (contrato disimulado), tanto en el sentido de concluir efectivamente un contrato pero manifestar que se hace otro —por ejemplo, según es muy usual, una donación que se enmascara de compraventa¹³²—,

¹²⁹ La jurisprudencia sobre la doctrina de los «actos propios» —a la que también hace referencia la STS. citada en la n. anterior— es muy abundante, pudiendo representarse su doctrina por la muy expresiva STS. de 16 de febrero de 1998. Véase, a este propósito, DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1965.

¹³⁰ La verdad simulada es atendida por el derecho en gracia precisamente de su verosimilitud mientras no se comprueba la existencia de la simulación. Viene a cuento a este propósito la sensata reflexión, de visos pirandellianos, de que «nella vita ci sono cose vere poco verosimili e cose false molto verosimili, ad esempio quelle fabbricate a bella posta in un giuoco di simulazione del vero e dissimulazione del falso che serve a coprire la realtà dei fatti come sono accaduti»: cfr., GOTOR, *Il memoriale della repubblica* cit., pág. 218.

¹³¹ Sobre la simulación puede verse, en nuestra doctrina reciente, CÁRCABA, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, J. M. Bosch, 1986, y DURÁN RIVACOBA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, Aranzadi, 1995. Véase también SALVADOR CODERCH y SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad: derecho civil y derecho penal. Dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, Cívitas, 1995.

En la doctrina italiana, son clásicas las obras de FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, de cuya quinta ed. existe trad. esp. a cargo de Atard y De la Fuente (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931, 2ª ed.) y de AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, Jovene, 1957. Más recientemente pueden verse GENTILI, *Il contratto simulato (teorie della simulazione e analisi del linguaggio)*, Napoli, Jovene, 1982; NUTI, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1986; y FURGUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, Cedam, 1992.

¹³² La abundancia de decisiones jurisprudenciales sobre este supuesto —cuya doctrina

como en el de consignar en el documento en el que el contrato consta una fecha distinta de la real, en el de hacer figurar en dicho documento condiciones, plazos o términos que no se quieren o en el de señalar en el mismo un precio de venta diferente del efectivamente querido y satisfecho. En estos casos de simulación relativa decían los antiguos que el contrato *colorem habet, substantiam vero alteram*, en cuanto que está «destinado a ocultar otro contrato diferente, que es el verdaderamente querido por las partes»¹³³, de manera que, por eso, debía valer, siempre que pueda probarse su conclusión¹³⁴, el contrato disimulado, careciendo de transcendencia el disfraz del mismo en que consiste el contrato simulado¹³⁵, si bien este contrato, en cuanto exteriorizado, seguiría, en principio, apareciendo como verdadero –en decir, como cierto– respecto de terceras personas.

También podría ocurrir que se simule celebrar un contrato cuando en realidad no se quiere celebrar ninguno, en cuyo caso, que configura la llamada simulación absoluta, habría de decirse que el contrato *colorem habet, substantiam vero nullam*, por lo cual no se daría ningún efecto a lo realizado por los simulados contratantes¹³⁶. En este caso, desde luego, como «las par-

«ha sido muy fluctuante en cuanto a la aceptación de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa», según reconoce la STS. de 14 de marzo de 1995– es buena prueba de la frecuente práctica de esta suerte de simulación: pueden citarse al respecto, entre otras muchas, las STS. de 19 de noviembre de 1987, de 9 de mayo de 1988, de 22 de enero de 1991 y de 14 de marzo y de 30 de septiembre de 1995.

¹³³ Sigo aquí expresiones del gran civilista barcelonés PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, II, 1 (*Doctrina general del contrato*) (2ª ed.), Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1978, pág. 487.

¹³⁴ La jurisprudencia insiste en la frecuente dificultad de la prueba directa de la existencia del contrato válido, oculto o disimulado, así como en el hecho de haber de recurrirse no pocas veces a «indicios con fortaleza suficiente»: cfr. STS. de 13 de octubre de 1993, haciendo referencia en muchas ocasiones a las presunciones: cfr., entre otras, STS. de 2 de diciembre de 1983, de 10 de julio de 1984, de 16 de septiembre de 1991, de 15 de noviembre de 1993 y de 14 de junio de 1997. De ahí que los simulantes suelen proveerse de una «contradecларación» escrita de la celebración del contrato disimulado, preconstituyendo la prueba del mismo.

¹³⁵ Doctrina y jurisprudencia con rara unanimidad refieren la disciplina de la simulación contractual al art. 1276 Cc., alegando que se refiere a la «expresión de una causa falsa en los contratos» que puede estar «fundada en otra verdadera y lícita». Sin embargo esta postura puede rebatirse alegando, de una parte, que la falsedad de la causa indicada en el precepto no puede ser otra –a nos ser que el legislador utilice las mismas palabras para aludir a dos cosas distintas– que el error que mueve al autor del negocio (cfr. arts. 767 y 1301.2 Cc.) y, de otra, que si se tuviera en cuenta el precepto se reduciría a la causa el ámbito potencial de la simulación, que alcanza frecuentemente, en cambio, a la fecha del negocio y a los términos y condiciones incluidas en el mismo.

¹³⁶ Es apenas el caso de consignar aquí que carece de toda validez el matrimonio simulado, del que no faltan ejemplos en la actualidad, por la simple razón de que en el

tes están de acuerdo en que el contrato no existe a pesar de su apariencia», lo que quieren es que «detrás de tal apariencia subsista la realidad jurídica anterior»¹³⁷.

En el campo de la simulación cabe también situar la que, en el ámbito procesal relativo a la prueba, se puede llamar «verdad negociada» y que tiene lugar cuando frente a la alegación de un hecho por el actor se conviene con el demandado que no formule oposición, de modo que, en consecuencia, tal hecho alcance la consideración de «hecho pacífico» y, en función de tal calificación, sea tenido en cuenta por el juez¹³⁸.

2.6. Las verdades fiduciarias.

Cercanas a las verdades simuladas, en cuanto que el contrato simulado es a veces el vehículo del fiduciario, son aquellas que resultan de la celebración de un contrato para el que, en base a la relación de confianza o *causa fiduciariae* que existe entre los interesados, se quiere un efecto distinto, más tenue o más limitado, del efecto más intenso que corresponde al tipo contractual utilizado, efecto éste que es el que, aunque no querido ni por tanto «verdadero», aparece al exterior y, por tanto, se tiene oficialmente por «cierto».

Estos supuestos de verdades fiduciarias que lo son únicamente en cuanto queridos por los contratantes que confían entre ellos, no están contemplados expresamente en nuestra legislación, pero se han presentado siempre en las relaciones entre particulares, aparecen continuamente en la vida social —con particular incidencia en el ámbito mercantil¹³⁹— y, desde luego, son admitidos, siempre que con ellos no se incurra en fraude, por la jurisprudencia, particularmente copiosa en tema de relaciones jurídicas fiduciarias¹⁴⁰.

mismo falta el indispensable consentimiento matrimonial, sin el cual, como tajantemente expresa el art. 45 Cc., «no hay matrimonio».

¹³⁷ Continúo aquí aprovechando expresiones de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil* cit., págs. 58 y 487.

¹³⁸ Sobre este punto, véase TARUFFO, *Simplemente la verdad* cit., págs. 140 a 153, que sugiere que en tal caso, por darse lugar a un déficit del descubrimiento de la verdad, se puede hablar de «verdad incompleta». Es evidente que la falta de oposición también puede deberse a la inadvertencia del demandado, pero en este caso podría asimismo hablarse, en relación al hecho que resulta pacífico, de una verdad considerada tal aunque no se haya contradicho.

Es evidente que la simulación en relación al proceso podría ir a más. En la experiencia jurídica romana eran conocidos los procesos simulados y no es del todo descartable que se den en la realidad procedimiento arbitrales o jurisdiccionales que adolezcan de semejante anomalía.

¹³⁹ Vid., a este propósito, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, Madrid, Cívitas, 1978, con ed. anterior de 1955.

¹⁴⁰ La STS. de 2 de diciembre de 1996 ha descrito la contratación fiduciaria declarando que «el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los

Los ejemplos que se cuentan en la experiencia suelen agruparse, por común referencia a una *causa fiduciae* en la que se vierte la confianza que une a los contratantes, bajo las denominaciones de *fiducia cum amico* y de *fiducia cum creditore*. Al primer tipo de fiducia se adscribe el contrato, bastante corriente, por el que un bien –una cosa o un derecho– se transmite, se adjudica o se pone a nombre de otra persona, distinta a la de quien, sin embargo, quiere continuar siendo verdadero titular o propietario: por ejemplo, y para formar una sola finca con las dos que pertenecen a dos socios, vendiendo uno al otro la suya para facilitar así la obtención de un único y más cuantioso préstamo hipotecario¹⁴¹; o atribuyendo al adjudicatario de ciertos bienes en la división de una herencia no para que los reciba y se los quede sino para que los aplique al pago de las deudas hereditarias; o bien cediendo una persona sus bienes a otra para aparecer como menos pudiente; o, incluso, como a veces ha ocurrido, para sortear el riesgo de una eventual incautación de bienes¹⁴².

El caso de la llamada *fiducia cum creditore* es más interesante y también más usual. Se da en la llamada «venta en garantía», que se concierta, para tener la seguridad de evitar el riesgo de que el dinero que en realidad se presta no se devuelva, configurando a dicha cantidad prestada como precio de compra de un bien que se entrega a quien en verdad es prestamista con pacto de retrocesión del bien al prestatario en el momento de la devolución de la cantidad objeto del préstamo. De esta manera, y con la indicada finalidad de garantía, se hace aparecer a quien pide dinero como vendedor y a quien lo presta como comprador del bien. Es precisamente para alejar el supuesto de la tacha de ser el contrato descrito contrario a la prohibición del pacto comi-

contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad propuesta»; de modo que, «cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido».

Al negocio fiduciario han prestado especial atención, entre nosotros, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, págs. 379 a 442, que ha dedicado al asunto otros trabajos anteriores, y JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1958, que también se ha ocupado de este punto en otras contribuciones. Véase también, más recientemente, FUENTESECA (C.), *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997. En la doctrina italiana destacan los estudios de CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, Cedam, 1933 y, más modernamente, de LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964.

¹⁴¹ Este caso fue examinado en la STS. de 2 de diciembre de 1983.

¹⁴² A este último supuesto hicieron referencia, en cuanto a cesiones hechas durante la guerra civil por entidades eclesiásticas, las leyes de 11 de julio de 1941 y de 1 de enero de 1942 y en cuanto a cesiones hechas en dicha época por cualquier persona, el Decreto-Ley de 28 de junio de 1962.

sorio o de incurrir en prácticas usurarias, por lo que suele, en efecto, acompañarse la «venta» con la concesión a favor del «vendedor» y en realidad prestatario de un derecho de recompra o de retracto convencional a ejercer en el momento del vencimiento y abono de la deuda¹⁴³.

En definitiva, se da en estos supuestos la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista¹⁴⁴.

Como se ve, en todos los casos indicados se advierte, de una parte, una propiedad verdadera o material y, de otra, una propiedad fiduciaria o formal, de manera que, no obstante la diversa «verdad» que subyace en el supuesto, es la titularidad fiduciaria la que, hacia el exterior, alcanza oficialmente «certeza».

2.7. Las verdades ficticias.

Se ha llegado a decir, en alguna ocasión, que el derecho es un saber sobre la ficción, en cuanto que traduce la estructura en norma, o bien un saber sobre esta transformación y, por inmediata consecuencia, un saber sobre la palabra¹⁴⁵, y también que debe entenderse ahora desde esta perspectiva la vieja imagen medieval de que la *fictio (est) figura veritatis*¹⁴⁶. En todo caso, en cuanto que las ficciones son instrumento o «arte insuprimible de la actividad intelectual del hombre»¹⁴⁷ –idea ya sugerida por la antigua consideración de que *fictio est interpretatio*–, el recurso a las mismas es bastante corriente en el discurso de los juristas y en la composición de la normativa del mismo ordenamiento positivo¹⁴⁸, considerando en ellas a lo existente

¹⁴³ Sobre la venta en garantía puede verse, entre otras muchas, la STS. de 8 de marzo de 1963. En nuestra doctrina es de destacar la monografía de VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en el derecho civil común español*, Madrid, Civitas, 1990.

¹⁴⁴ Se aprovechan en el texto expresiones de la STS. de 4 de julio de 1998 –que a su vez las toma de la STS. de 2 de diciembre de 1996–, que califica la combinación que describe como «la verdadera esencia de todo negocio fiduciario... (trátase de *fiducia cum amico* o de *fiducia cum creditore*)».

¹⁴⁵ Cfr. LEGENDRE, *Il giurista artista de la ragione* cit., pág. 49.

¹⁴⁶ Cfr. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione* cit. pág. 212.

¹⁴⁷ Cfr. ALPA, *Le finzioni giuridiche*, en *Trattato di diritto civile* (dir. Sacco), 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, págs. 334 s.

¹⁴⁸ A propósito de las ficciones me permito remitir a LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento* (discurso de ingreso, como académico numerario, en la «Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya», leído el día 27 de enero de 2004), Barcelona, 2004. De esta obra hay traducción al italiano, cuidada por el abogado Andrea DONATI, bajo el título de *Le finzioni nel diritto* (con presentación del profesor Alberto DONATI), Perugia, 2008, un vol. de 144 páginas.

«como si» no existiera o a lo inexistente «como si» existiera. Las ficciones a que se recurre en el derecho son, en efecto, lo mismo ficciones doctrinales que ficciones convencionales y lo mismo ficciones jurisprudenciales como, sobre todo, ficciones legales. De ahí que el tema de las ficciones constituya uno de los tópicos o lugares comunes de la teoría general del derecho. En todos los supuestos de ficción se persigue una cierta finalidad práctica cuyo logro se alcanza mediante el establecimiento, la fijación o la determinación de unos hechos que se llegan a obtener mediante la interesada formalización de una verdad artificial a costa de abandonar la verdad histórica o material¹⁴⁹.

Dejando aparte las ficciones doctrinales, las convencionales y las jurisprudenciales –de cuyas últimas la más llamativa ha sido en su día la denominada «ficción de hembra» construida por el Tribunal Supremo¹⁵⁰–, las ficciones legales se encuentran en los más variados campos normativos de que se compone el sistema del ordenamiento. Así ocurre en el derecho administrativo con el «silencio positivo o negativo»¹⁵¹, en el derecho penal con el «delito continuado», en el derecho internacional con los «edificios extraterritoriales» o con la «territorialidad» en alta mar o en el espacio aéreo abierto de los buques abanderados o de las aeronaves de bandera o, en el derecho tributario, las normas del cual están cuajadas tanto de presunciones como de ficciones¹⁵², pero aquí sólo se hará mención, en aras de la brevedad, a algunas de las ficciones a las que recurre el Código civil.

En relación a la persona en sí misma se encuentran en el Código dos clásicas ficciones: la primera, de ascendencia romana, es la de considerar

¹⁴⁹ Aunque, como afirmaba Baldo, *autoritas legis non potest veritatem tollere* y, como sentenciaba una *regula iuris communis*, la *fictio cessat ubi veritas locum habere potest*, la consideración de la *fictio legis* como «verdad oficial» productora de «certeza» se hizo habitual entre los juristas, señalando el gran Cujaccio que de ordinario *fictio legum veritate potentior est: plus potest quam veritas*, y el no menos famoso Donello que *fictio tantum valet quantum veritas*. Este carácter de «verdad oficial» de la ficción se evidencia también en el viejo brocardo según el cual *fictio (iuris) operatur quod veritas*.

¹⁵⁰ Me refiero a la polémica STS. de 2 de julio de 1987, en relación a un supuesto de la llamada transexualidad.

¹⁵¹ En relación a la figura del silencio administrativo, la STC. de 17 de junio de 2009 lo califica de «ficción legal» que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de la actividad de la Administración.

De las ficciones en derecho administrativo, puede verse, últimamente, BLANQUER, *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el derecho administrativo. «Taking facts seriously»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

¹⁵² La literatura sobre las ficciones en el derecho tributario es bastante copiosa: vid., entre otros, PÉREZ DE AYALA, *Las ficciones en el derecho tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1970, y MARTÍN-BARNUEVO, *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*, Madrid, Mc. Graw-Hill, 1996.

nacido al nascituro¹⁵³ y la segunda la que establece que el domicilio de los diplomáticos que sirven en el extranjero es el último que han tenido en territorio español¹⁵⁴. También puede considerarse una ficción la llamada presunción de comoriencia, en cuanto que su presupuesto es precisamente, contra lo que ocurre en el caso de las presunciones, que no sea posible ningún tipo de prueba sobre quien murió primero de dos personas que mueren, por ejemplo, en el mismo accidente¹⁵⁵. En relación al matrimonio, también se decreta legalmente la ficción de que la condición, el término o el modo que se han puesto se consideran como no puestos¹⁵⁶. Por lo demás, entre las instituciones que manifiestan con mayor claridad la divergencia entre la realidad y el derecho hay evidentemente que citar, según una compartida y autorizada doctrina, a la adopción¹⁵⁷.

Por lo que se refiere a los bienes, un caso ejemplar de ficción está constituido por la catalogación de los bienes inmuebles, de los que se enumeran diez tipos, no siendo más que uno de ellos referible a cosas verdaderamente inmuebles e indicándose otros varios que sólo son inmuebles por razón de pura ficción, al punto, *verbi gratia*, de considerar bienes inmuebles a las concesiones administrativas¹⁵⁸. Siempre en relación a los bienes son de particular interés ciertas ficciones relacionadas con su posesión y su adquisición: a este respecto se pueden citar el supuesto ficticio de la llamada «posesión civilísima» o transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante¹⁵⁹, que ha dado lugar por cierto al pleito económicamente más importante suscitado en España¹⁶⁰; la norma que obliga a en-

¹⁵³ Cfr. art. 29 Cc.

¹⁵⁴ Cfr. art. 40, 2 Cc.

¹⁵⁵ Cfr. art. 33 Cc.

¹⁵⁶ Art. 45.2 Cc.

¹⁵⁷ Véase en tal sentido y con palabras semejantes LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique* cit., pág. 591.

Se ha hablado, en efecto, a propósito de la adopción de la diversificación entre una «verdad biológica» y una «verdad convencional», en la que la «familia de los afectos» vendría a sustituir a la familia biológica: cfr. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, en *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2 (a cura di Mazzaresse e Sassi) cit., págs. 527-559, esp. pág. 549.

¹⁵⁸ Cfr. art. 334 Cc.

¹⁵⁹ Cfr. art. 440 Cc. A la posesión civilísima, calificada como ficticia, hacen referencia, en relación a la usucapción de títulos nobiliarios, las STS. de 3 de noviembre de 2009 y de 13 de diciembre de 2010, la última de las cuales precisa que tal posesión, en razón de ser ficticia, carece de eficacia legitimadora frente a una posesión legal, real y efectiva.

¹⁶⁰ Se hace referencia en el texto al conocido asunto de «La Canadiense» o de «La Barcelona Traction», en el que intervinieron, como abogados o como dictaminantes, las más prestigiosas figuras de la época de la cátedra y del foro.

tender que la parte del bien que se divide y que se entrega a cada uno de los partícipes en la comunidad ha sido individualmente poseído mientras dura la indivisión¹⁶¹; o bien los supuestos de la llamada *ficta traditio*, pensados por nuestro legislador¹⁶² para atenuar la rigidez de la aplicación mecánica de la llamada teoría del título y el modo en la transmisión de la propiedad¹⁶³. Otros supuestos de ficción, siempre fundamentados en la equidad, se refieren en tema de derechos reales a la ficticia subsistencia del usufructo extinguido objeto de hipoteca y a la ficticia subsistencia independiente de los reunidos derechos de propiedad del suelo y de superficie sobre los que recae un gravamen¹⁶⁴.

En materia de obligaciones y contratos se establece ficticiamente que la condición de hacer una cosa imposible se tiene por no puesta¹⁶⁵, que los efectos de la obligación condicionada de dar se retrotraen, una vez cumplida la condición, al día de la constitución de la obligación¹⁶⁶ o bien que está cumplida una condición cuando el obligado por ella impide su cumplimiento¹⁶⁷.

En tema de derecho sucesorio, y en cuanto a las condiciones testamentarias, han de entenderse ficticiamente por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres así como la costumbre absoluta de no contraer matrimonio¹⁶⁸. Siempre en materia sucesoria, una interesante ficción es la de entender que tienen efectos retroactivos al momento de la muerte del causante la aceptación o la repudiación de la herencia¹⁶⁹.

Aunque algunos discuten su equiparación, es posible considerar asimilables a las ficciones las llamadas presunciones *iuris et de iure*, frente a las cuales no cabe prueba en contrario y respecto de las cuales no puede decirse, como en el caso de las presunciones *iuris tantum*, que sean «verdades provisionales» sino que, lo mismo que las ficciones y aunque no respondan a la

¹⁶¹ Cfr. 450 Cc.

¹⁶² Cfr. arts. 1462.2 y 1463 Cc.

¹⁶³ Cfr. art. 609 Cc.

¹⁶⁴ Cfr. sobre estos puntos el art. 107, 1º, Lh. y art. 41.5 de la ley 8/2007, de 28 de mayo de suelo. Sobre los aspectos mencionados me permito remitir a LUNA SERRANO, *Las ficciones legales y los derechos reales*, trabajo en curso de publicación en el volumen de estudios en honor del prof. Antonino Cataudella.

¹⁶⁵ Cfr. art. 1166.2 Cc.

¹⁶⁶ Cfr. art. 1120 Cc. Observa justamente LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique* cit., págs. 593 s., que «decir que un acontecimiento que se produce en una determinada fecha se tiene por producido anteriormente»...es una fórmula que «hostiga el sentido más elemental de la verdad».

¹⁶⁷ Cfr. art. 1119 Cc.

¹⁶⁸ Cfr. arts. 792 y 793 Cc.

¹⁶⁹ Cfr. art. 989 Cc.

realidad, se constituyen en derecho como «verdades definitivas», por lo que deben considerarse como «ciertas». Sirvan al efecto dos supuestos presentados como presunciones que en realidad configuran verdaderas ficciones, en cuanto que, como el ordenamiento no consiente saber si responden o no a la verdad, se deben aceptar y tener, aunque sean «falsas», como si fueran «ciertas». El Código civil establece, en este sentido, que se presume siempre hecha una donación en fraude de acreedores, si al hacerla no se ha reservado el donante bienes para pagar sus deudas anteriores¹⁷⁰ e igualmente establece la presunción de que incurren en fraude de acreedores las enajenaciones hechas a título gratuito por el deudor¹⁷¹ y, por su parte y de manera aún más radical, la legislación concursal establece, respecto de las donaciones en perjuicio de la masa activa del conjunto de los derechos de los acreedores, que dicho perjuicio, aunque no exista, se presume, sin admitirse prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso¹⁷².

2.8. Las verdades falsas.

Por lo demás, y del modo indicado, si es claro, desde luego, que hay hechos a los que el ordenamiento reconoce «certeza» porque, según ocurre de ordinario, responden a la «verdad», también es perfectamente posible que el ordenamiento contemple como «ciertos» hechos que, en definitiva y mediante comprobación *a posteriori*, pueden resultar ser «verdades falsas» o que ya son «verdades falsas» *a priori* pero que el ordenamiento no permite o ya no consiente desvirtuar. A pesar de ello y todo y ser falsos, tales hechos constituirán «certezas» desde el punto de vista del derecho positivo.

Al margen de los casos, no imaginarios, de irregularidades respecto de la producción normativa que, por obvias razones de simplicidad y de certeza, no se tienen en cuenta aunque encierren una falsedad¹⁷³, basta pensar en las

¹⁷⁰ Cfr. art. 643.2 Cc.. Como de manera a la vez razonable, tajante y sencilla explica la STS. de 9 de noviembre de 1966, «si el deudor, cuando lleva a cabo los actos dispositivos y especialmente –como en el caso de autos– la donación en pro de sus hijos, no dejó en su patrimonio bienes suficientes para responder de las deudas anteriores a ella, es obligada la aplicación de la presunción de fraude con respecto de dicho contrato de donación.

¹⁷¹ Cfr. art. 1297 Cc. La STS. de 18 de enero de 1991 precisa adecuadamente que la presunción establecida en este precepto tiene el carácter de *praesumptio iuris et de iure* y, en la misma dirección, la STS. de 16 de febrero de 1993, declara igualmente que la presunción de fraude establecida tanto en este precepto como en el anteriormente citado art. 643.2 Cc. es una presunción *iuris et de iure*, «es decir, que no admite prueba en contrario».

¹⁷² Cfr. art. 71.2 de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

¹⁷³ Como promulgarse una ley con la sanción de una firma extendida en Madrid por quien se encuentra en Suiza en la fecha de tal suscripción o de no publicarse una norma

verdades presuntas que no se corresponden con la realidad pero que, por no presentarse frente a la presunción *iuris tantum* que las sostiene una prueba contraria que las desvirtúa, pasan de ser «verdades provisionales», aunque sean falsas, a ser «certezas» o «verdades definitivas»; en las verdades aparentes, que no son reales pero que, cuando generan la confianza ajena, el ordenamiento tiene definitivamente por ciertas; en las verdades simuladas que se mantienen como verdaderas, bien porque así se desea por los interesados o bien porque quien quiere desmentirlas ha perdido la ocasión¹⁷⁴ o carece de prueba para denunciarlas; o también en las verdades ficticias en las que la mentira es evidente; o en las verdades amparadas por presunciones *iuris et de iure*, que hay que soportar necesariamente aunque se sepa que no se corresponden con la verdad; o, asimismo, en las verdades fiduciarias, que por necesidad conceptual no se corresponden con la realidad, pero que aparecen como verdaderas y generan «certeza» mientras los que las constituyen y crean están interesados en que permanezcan; o en los casos en que un hombre se hace aparecer legalmente, constando como tal en el registro civil, como mujer, en razón del llamado «sexo psicossocial»¹⁷⁵; o bien, en los casos en que legalmente se atribuye, al margen del caso de la adopción, la condición legal de padre a quien ciertamente no lo es desde el punto de vista biológico, por haber sido sometida su esposa o conviviente a las técnicas de procreación médicamente asistida con inseminación heteróloga; o incluso en el caso, más llamativo, de la atribución de la condición legal de madre a la mujer casada civilmente con la mujer inseminada que da a luz un hijo concebido artificialmente, constituyéndose así un caso de doble maternidad, en parte no biológica sino legal¹⁷⁶.

según el procedimiento establecido sino, como ha ocurrido en alguna ocasión, a través del socorrido recurso de la «corrección de errores materiales» en el periódico oficial. A defectos de este tipo se refiere, de manera genérica e incidentalmente, JORI, *Il formalismo giuridico*, cit., pág. 68, n. 53, que señala que ordinariamente la regularidad de los actos de producción normativa se «presume» por las razones aludidas en el texto.

¹⁷⁴ La posibilidad de restablecer la «verdad biológica» en el supuesto de los reconocimientos de complacencia podría intentarse bien en razón de la alegación de vicios de la voluntad del reconocente (art. 141 Cc.)—en casos eventualmente de violencia o de intimidación, pero no evidentemente alegando error— o bien mediante acción de aquellos a los que el reconocimiento perjudica o también en supuestos de alternativa posesión de estado (art. 140 Cc.), pero tal impugnación ha de hacerse dentro del plazo de caducidad de cuatro años a que se refiere el último de los preceptos: cfr., últimamente, STS. de 29 de noviembre de 2010.

¹⁷⁵ Cfr. la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

¹⁷⁶ Todo ello es posible en función de lo dispuesto en la ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (art. 7.3, apartado añadido por la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona). Téngase en cuenta además que en el caso de inseminación heteróloga está asegurado legalmente el anonimato del donante del material genético masculino (art.

En el aludido caso de la adopción, aparte del supuesto habitual de ser jurídicamente considerados como padre y madre los adoptantes que biológicamente no lo son, como la eventual «determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción»¹⁷⁷, podría darse la paradójica situación de que los adoptantes, que no son biológicamente progenitores, sean considerados jurídicamente como padres y de que, contemporáneamente, quienes biológicamente lo son, de manera comprobada, dejen de ser, por regla general¹⁷⁸, considerados por el derecho como tales¹⁷⁹.

5.5), con lo que, en contradicción con lo que postula el art. 39.2 de la Constitución, se impide la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas.

Los supuestos indicados en el texto han sido eficazmente señalados como supuestos de «desbordamiento de la biología por el derecho» por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *La filiación, entre biología y derecho*, en «Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma», Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2010, págs. 819-852, esp. págs. 836 ss. Este mismo autor señala (págs. 838 y 852) la RDRN de 18 de febrero de 2008 que consiente la inscripción como hijos de los solicitantes –dos varones españoles que contraen matrimonio civil en nuestro país– de dos niños engendrados mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en California y que está prohibido en España: en este caso se da un supuesto de doble paternidad evidentemente falsa desde el punto de vista biológico. Posteriormente, una instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, admite que, para dar lugar a la correspondiente inscripción, basta con que se presente una resolución judicial del país de origen (en que se ha concertado la prestación del llamado «vientre de alquiler») que garantice la legalidad del proceso.

¹⁷⁷ Cfr. art. 180.4 Cc.

¹⁷⁸ Cfr. art. 178.1 Cc., que determina que la adopción extingue «los vínculos jurídicos entre el adoptante y su familia anterior». La RDGRN. de 25 de octubre de 1997 declara, en consecuencia, que a los efectos de la obtención de una certificación literal de nacimiento que refleje la adopción «los parientes por naturaleza del adoptado, incluidos los propios progenitores, son asimilados a los terceros».

¹⁷⁹ De esta regla general del vínculo con la familia de origen se exceptúan el caso, más bien raro, de que el adoptado sea hijo biológico del cónyuge del adoptante y el supuesto de que «sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto –la subsistencia del vínculo legal con la familia de origen– hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir»: cfr. art. 178.2 Cc., redactado conforme a la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

En estos casos habría jurídicamente lugar a la convivencia de dos diferentes filiaciones paralelas y sólo prácticamente convergentes: una, la adoptiva, que respondería a la «verdad convencional» y otra, la derivada de la determinación del vínculo originario de sangre, que respondería a la «verdad biológica». La STS. de 27 de junio de 1987 se refiere, en relación a un supuesto que se corresponde con el aquí considerado –en el sentido de establecerse posteriormente a la adopción la filiación biológica del adoptado–, que en tal caso no sólo tiene lugar «la posibilidad de que con posterioridad al hecho de la adopción se determine la naturaleza o familia sanguínea del adoptado, sino, también y obviamente,

3. APRECIACIONES CONCLUSIVAS.

3.1. La razonable divergencia entre certeza y verdad.

Como se ve, certeza y verdad no necesariamente coinciden en el derecho¹⁸⁰, de manera, además, que es a veces difícil tomar partido, en derecho positivo, entre las dos exigencias de verdad y de seguridad que pueden enfrentarse entre sí¹⁸¹.

Ello es así, sencillamente, porque el ordenamiento –cuya función es organizar como mejor puede y sabe la vida social– es un conjunto de reglas y de soluciones que se expresan mediante palabras y porque con la palabra pueden hacerse, cuando así conviene –en nuestro caso para generar «certeza» y «seguridad» a los consociados¹⁸²– toda suerte de figuras, de contrafiguras, de combinaciones, de metamorfosis en que lo falso toma el disfraz de lo cierto e incluso de mixtificaciones. En este sentido, aunque se puede, desde luego, pensar que las «certezas» o verdades oficiales a que se ha venido haciendo referencia no suponen sino la aceptación conformista y resignada de la autoridad del legislador, en cuanto que poco o nada tienen que ver con las seguras «verdades» que se derivan de la realidad y que son descubiertas por la ciencia y por la razón¹⁸³, también hay que reconocer que

que persiste el lazo preexistente entre el mismo y su familia natural», coexistiendo, en el sentido indicado, por una parte la filiación adoptiva y, por otra parte, la filiación biológica, ambas legalmente establecidas.

¹⁸⁰ Como subraya LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto* cit., pág. 51, la certeza del derecho alcanza particular relieve en el ámbito del derecho penal, en el que «este particular carácter del derecho que consisten en la necesidad de la certeza se presente con una particular evidencia, en razón de la más aguda y rígida fisonomía de tal rama del derecho». En el mismo sentido, CARNELUTTI, *La certeza del diritto* cit., pág. 195, señala que «se v'è un settore del diritto rispetto al quale la certezza assuma un valore di primo piano, questo è il diritto penale; così alto valore da aver ispirato quel riconoscimento legislativo del principio *nullum crimen sine legge*». De este fundamental perfil que es propio de la certeza en el derecho penal son expresión el art. 25.1 Const., los arts. 1 y 2 Cpen., el art. 1 Lecrim. y el art. 4.2 Cc.

¹⁸¹ Tomo aquí expresiones de TERRÉ, *Introduction général au droit*, Paris, Dalloz, 1991, § 492, pág. 402, formuladas al tratar de la prueba de los hechos.

¹⁸² La relación entre la norma cognoscible y la seguridad jurídica es subrayada habitualmente por los juristas, que suelen pensar, en efecto, que, aunque imperfectas, las leyes tienen la finalidad de proporcionar certeza, siendo por ello necesarias *ad civiles hominum actiones, societatemque civium ordinandam, quae sine huiusmodi gubernaculo statim corrueret*, según palabras dirigidas en 1726 al emperador austriaco Carlos VI, a quien precisamente proponía una reforma encaminada a la mejor manifestación y más perfecta aplicación del derecho, por el reformista MURATORI, *De Codice carolino sive de novo legum codice istituendo*, en *Scritti politici postumi* (a cura di B. Donati), Bologna, 1950, pág. 7.

¹⁸³ Tal es la opinión de OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto* cit., pág. 6.

tales «certezas» se insertan instrumentalmente, sin mayor dificultad, como útiles mecanismos de la eficiencia del complejo entramado director de la vida social –pleno de claroscuros e imperfecto como toda obra humana– que es el ordenamiento jurídico. Ocurre, en efecto, que las normas se constituyen con frecuencia sobre una mezcla de variados elementos en que se funden y combinan los datos de la vida que emergen de la realidad natural o social con invenciones y construcciones artificiales que contribuyen a posibilitar la consecución más perfecta o más directa de la justicia¹⁸⁴.

Sería ciertamente de desear que el derecho, en la búsqueda del equilibrio que conviene a la organización social para su conservación y su perfeccionamiento, encontrara algún tipo de acuerdo estable y constante entre los testimonios de la realidad material y las solicitudes que surgen de la sociedad, pero seguramente tal unificación es poco concebible «en cuanto que uno de sus términos –el respeto de los hechos– es fijo y preciso, mientras que el otro –las necesidades de la sociedad– es movedido y discutible»¹⁸⁵. En este contexto se plantean, cada vez más, en el derecho, supuestos en que la dicotomía entre «verdad real» o «verité sans phrase» y «verdad oficial» o «verdad legal»¹⁸⁶ o la contraposición entre «naturalidad» y «artificialidad» –disyuntiva esta última no desconocida, desde luego, a nivel doctrinal¹⁸⁷– se presentan, incluso a veces de manera radical, como legalmente poco superables¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Cfr., por referencia a VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, en *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, págs. 399 ss., FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, Cedam, 2002, págs. 116 s.

¹⁸⁵ Cfr. LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique* cit., págs. 594 s.

Puede señalarse a propósito, por lo demás, que en filosofía se ha distinguido, a veces, entre la «verdad de razón» y la «verdad de hecho» y que, de alguna manera, se podrían apreciar en las indicaciones que se hacen en el texto, aunque traslaticiamamente, reflejos que se acercan a las categorías diferentes que son propias de la denominada «lógica de la verdad» o «truth-logic» y de la llamada «lógica de las modalidades» o «model logic», que tiene un carácter acusadamente formal: vid., para una breve aproximación a estas cuestiones, BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, págs. 141 s. (s.v. «Logica giuridica II») y 303 (s.v. «Ragione e diritto»).

¹⁸⁶ Utilizo aquí expresiones de ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»* cit., págs. 29 y 31, que se refiere también al «social impact» del acto productor de certeza.

¹⁸⁷ Véase, por ejemplo, el enjundioso estudio de DONATI, «Homo» e «persona». «Inherent dignity» e «Menschenwürde», en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XVII, Perugia, 2010, págs. 73 a 236.

¹⁸⁸ Véanse, a este propósito, últimamente, BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, XXVIII-1 (marzo 2010), págs. 7 a 22, y DONATI, *Diritto alla propria identità: verso l'«absolute individual right»?*, en *Vita Notarile*, 2011-1 (gennaio-aprile), págs. 3 a 18.

El derecho, en efecto, no sólo cambia y se desenvuelve sino que en su evolución se sirve de recursos como las examinadas verdades oficiales, cuya técnica no es, por lo demás, en absoluto novedosa, puesto que hasta hace relativamente poco tiempo se conoció una categoría tan sorprendente como la «muerte civil», que daba por muerto para el derecho a quien seguía viviendo, y ahora se permite, como hace nuestro derecho, cambiar al hombre en mujer o se consiente, como en el derecho francés, ya que no resucitar a los muertos, al menos que puedan, con posterioridad a su muerte, contraer póstumo matrimonio¹⁸⁹.

3.2. Colofón.

En definitiva, el derecho adopta una postura de cierta relatividad en relación con la verdad, en cuanto que, si ésta, como objetividad material, sólo puede calificarse como tal cuando es verificada con exactitud, la realidad jurídica se cifra, en cambio, en el carácter de su efectividad, lo que la hace en definitiva consistir en una «certeza» reformulada o imaginada, en el sentido de que puede coincidir o no con la verdad histórica, objetiva o material¹⁹⁰.

Esto es así porque el derecho tiene en cuenta, desde luego, la tensa amalgama que muestra el complejo entramado vital e intersubjetivo –intereses, acontecimientos, relaciones– que tiende a encauzar, de modo que, para organizar eficazmente la vida social, necesita formalizar amplios segmentos de

¹⁸⁹ En efecto, el art. 171 Cc. fr., reprimado en su redacción actual por la ley de 31 de diciembre de 1959, otorga al Presidente de la República la facultad de autorizar, por motivos graves, la «celebración del matrimonio» si uno de los futuros esposos ha fallecido después de cumplirse las formalidades oficiales indicando inequívocamente su consentimiento. La razón de la admisión legal de este matrimonio ficticio, que no entrañaría derecho sucesorio *ab intestato* alguno a favor del esposo superviviente, se encuentra en la posible legitimación, mediante este matrimonio póstumo, del hijo natural nacido después de la muerte de su padre. Es de notar que el precepto, siempre recurriendo a la técnica de la ficción, establece que los efectos de este matrimonio póstumo se retrotraen a la fecha del día anterior a la muerte del esposo.

La tradición solía entender, en cambio, que había situaciones o relaciones contempladas por las normas cuyos efectos no se podían, por el carácter de su entidad, legalmente modificar o suprimir: así por ejemplo, HIENNECCIUS, *Elementa iuris secundum ordinem Institutinum* (trad. fr. de Berthelot con texto latino al frente) (2ª ed.), I, Paris, Terdieu Denesle et Cie., 1812, § 222, págs. 220 s., observaba, explicando las figuras de la agnación y de la cognación, que los efectos de la *agnatio* podían decaer porque era una *civilis qualitas*, pero no lo de la *cognatio*, porque ésta era una *qualitas naturalis*. Y hasta hace poco era manifestación del mismo pensar la afirmación habitual de que el parlamento inglés podía hacerlo todo menos convertir a un hombre en mujer.

¹⁹⁰ Tomo estas ideas y algunas de las expresiones utilizadas últimamente en el texto de LOUIS-LUCAS, *Verité matérielle et verité juridique* cit., pág. 601. Recuérdese a este propósito, la calificación del derecho como «hermenéutica oficial del mundo» a que se hace referencia en la n. 12.

esa realidad humana y a tal efecto los conforma con gran plasticidad, según le conviene, de acuerdo con las técnicas y los instrumentos que la historia le propone, con las fórmulas que las urgencias sociales, las nuevas realidades o las opciones políticas le exigen o sugieren o incluso, muchas veces, como puede.

No puede desconocerse, sin embargo, que el mayor y más deletéreo riesgo que entraña la potencial divergencia entre la certeza legal y la verdad sustancial es que la misma supere el nivel instrumental o puramente técnico en el que estas páginas han pretendido mantenerse y abra la puerta a la actitud relativista de caer en el nihilismo jurídico, que, como fácil derivación consecuente del positivismo, se difunde insidiosamente —en cuanto que frecuentemente ni siquiera es advertida su persistente infiltración— entre no pocos juristas de nuestros días. Nihilismo, por otra parte, que favorece la implantación de ciertas opciones de configuración de la sociedad y del que se sirven ciertos poderes económicos y políticos, a cuyos decididos intentos de ingeniería social ayuda poderosamente la idea, bastante difundida entre los legisladores y acrítica y pasivamente aceptada por muchos juristas que los secundan, de que la ley puede tener cualquier contenido y de que éste, por el hecho de estar previsto —aunque de manera casual y contingente— en la ley que determina «certeza», ha de ser considerado y admitido como la única verdad, aunque la misma sea efímera, ya que se piensa, en tal planteamiento, que las leyes vienen de la nada y vuelven a la nada¹⁹¹.

TITLE: Certainty and truth in Law.

RESUMEN: Este artículo analiza la relación entre la verdad natural y la verdad jurídica. Lo que el derecho dice y afirma como cierto, en función

¹⁹¹ Aprovecho aquí alguna expresión tomada de PERLINGIERI, *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes* (trad. esp., coord. por LUNA SERRANO y MALUQUER DE MOTES y BERNET, de la 3ª ed. it. de 2006), Madrid, Dykinson, 2008, pág. 134, en el apartado significativamente intitulado «insidias del nihilismo: razones del mercado y razones del derecho», que es un resumen de una contribución más amplia, del mismo título y en lengua italiana, aparecida en *Rassegna di diritto civile*, 2005, págs. 3 ss.

Sobre el nihilismo jurídico puede verse, como fundamental, la importante contribución de IRTI, *Il nichilismo giuridico*, Bari, Laterza, 2004. Sobre las causas, remotas y próximas, el sentido, la significación y la transcendencia del nihilismo jurídico, puede verse la profunda reflexión crítica de DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Roma, Aracne, 2007, y también DONATI, *Giuspositivismo e nichilismo giuridico*, en *Vita notariale*, 2008, págs. 1201 ss.; y, en otra perspectiva, BARCELLONA (M.), *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006.

Para una introducción filosófica al nihilismo puede verse, en un análisis de carácter general, el libro de VOLPI, *Il nichilismo* (3ª ed.), Bari, Laterza, 2005 (hay trad. esp. de DEL ROSSO y G. VIGO, Madrid, Siruela, 2007). Puede verse también VERCELLONE, *Introduzione al nichilismo*, Bari, Laterza, 1992.

de su autoridad, no siempre se corresponde con la verdad, que se percibe o se descubre por la razón. Así, si bien en la mayoría de los casos el ordenamiento dispensa seguridad a través de la certeza que se deriva de la realidad de una manera directa y natural, no faltan ocasiones en que las leyes crean ellas mismas esa realidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Seguridad jurídica, Derecho, Estado de Derecho.

ABSTRACT: This article analyzes the relationship between natural truth and legal truth. What the law says and affirms as true, according to his authority, does not always correspond with the truth, perceived or discovered by reason. Thus, although in most cases the ordering security waiver by the certainty that comes from reality in a direct and natural, not lack opportunities that laws themselves create legal reality.

KEY WORDS: Legal certainty, Law, Rule of Law.

Recibido: 06.09.2012

Aceptado: 18.01.2013

ALGUNOS SUPUESTOS DE INFAMIA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LAS FUENTES ROMANAS Y MEDIEVALES

Olga Marlasca Martínez
Profesora doctora de Derecho romano
Universidad de Deusto

SUMARIO. 1. La infamia: breve referencia en algunos ordenamientos jurídicos. 2. Derecho romano. 2.1. Consideraciones previas relacionadas con la infamia. 2.2. La infamia que deriva del ejercicio de determinadas acciones privadas. 2.2.1. Las fuentes. 2.2.2. El quebrantamiento de la fides en algunas relaciones privadas y las acciones que de ellas derivan. 3. Las Siete Partidas.

1. LA INFAMIA: BREVE REFERENCIA EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

En todos los pueblos y en todas las épocas históricas a la persona que goza de plena estimación social, a quien tiene reconocido su honor, se le reconocen los derechos civiles y políticos en su plenitud, mientras que quien carece o tiene disminuido su honor, pierde total o parcialmente su capacidad civil y política dentro de su comunidad.

Una de las circunstancias que pueden privar o limitar parcialmente la citada capacidad es la infamia. La infamia, según Lardizábal, «es una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración y rompe todos los vínculos civiles que le unían a sus conciudadanos, dejándole como aislado en medio de la misma sociedad»¹.

En las diferentes etapas históricas, los ordenamientos jurídicos que contemplan la infamia consideran que constituye una condición en la persona del delincuente, un estatuto jurídico tendencialmente vitalicio, que provoca una disminución en la capacidad jurídica de la persona, como consecuencia de la pérdida de un conjunto de derechos o facultades propias del ciudadano.

Si nos remontamos a los textos del Antiguo y Nuevo Testamento en ellos se hacen claras alusiones a la infamia y ello le permite decir a Mühlebach² que «si bien el Derecho romano de un modo especial y también el Dere-

¹ LARDIZÁBAL Y URIBE, M. de, *Discurso sobre las penas*, título V, apartado IV (De las penas de infamia). Introducción de Ignacio Serrano Butragueño, Granada, 1997, p. 105.

² MÜHLEBACH, A., *Die Infamie in der decretalen Gesetzgebung. Eine kirchenrechtlich-historische Untersuchung*, 1923, pp. 1-16.

cho germánico, fueron los precedentes normativos sobre los que se edificó el régimen jurídico de la pena de infamia en el ordenamiento canónico, es igualmente cierto que las bases conceptuales, ontológicas y morales de la infamia se encuentran y recogen de una manera muy clara en los textos del Antiguo y Nuevo Testamento».

En la época romana, un texto de Calístrato³ nos dice que estimación es el estado de dignidad intachable, comprobado por las leyes y costumbres, que en virtud de un delito nuestro y por la autoridad de las leyes puede quedar mermada o quitada.

La declaración de infamia en el Derecho romano tenía repercusiones tanto en el ámbito público como en el privado. Por otro lado, si esta pena ha llegado hasta la codificación, hay que destacar del mismo modo que los efectos jurídicos de la misma se han ido modificando desde la época romana hasta principios del Estado constitucional⁴.

Concretamente en la época romana son numerosos los supuestos que generan la infamia⁵ la cual puede derivar: de la comisión de determinados delitos que tienen relación con un *iudicium publicum*; de la comisión de algunos delitos privados, como el *furtum, vi bonorum raptorum*; asimismo, se refieren las fuentes a la infamia que surge de anómalas o deshonrosas relaciones sexuales o matrimoniales (doble matrimonio...); infamia que deriva de la realización de determinados oficios; además, hemos de mencionar la infamia que deriva de relaciones obligatorias independientes de los delitos y los supuestos más frecuentes de las mismas tienen relación con el ejercicio de determinadas acciones contractuales (así, la *actio fiduciae*; *actio mandati*, *actio depositi*, *actio pro socio*) y también la acción derivada de la tutela.

Del mismo modo, en el derecho visigodo⁶ son frecuentes las leyes en las que se utiliza el término infamia⁷. En la mayoría de los casos se consideraba

³ El texto de *Callistratus*, perteneciente al libro primero *De cognitionibus*, contenido en D. 50,13,5,1, se expresa en los siguientes términos: *Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*.

⁴ Cf. MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, Madrid, 2001, pp. 32-33.

⁵ En fechas recientes CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *La infamia en el Derecho romano*, Alicante, 1997, ha realizado un detenido estudio de los supuestos de infamia en las fuentes romanas.

⁶ El texto legal más importante de esta época es la *Lex Visigothorum*, conocida también con los nombres de *Liber Iudicum* o *Liber Iudiciorum*; se trata de un libro destinado a la práctica forense y consiste en una recopilación de las leyes promulgadas por los monarcas visigodos que lleva a cabo Recesvinto en el año 654. Utilizamos las siglas LV para referirnos a las disposiciones de la citada *Lex Visigothorum*.

⁷ Los visigodos son uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se

una pena accesoria y era aneja a determinadas penas corporales⁸, salvo en algunos supuestos⁹.

Algunos de estos supuestos, podemos verlos, por ejemplo, en una disposición contenida en LV 2,1,19¹⁰; se trata de una ley del monarca Recesvinto en la que establece la pena de azotes para los que no comparecen ante el juez y dispone a continuación lo siguiente: *ita ut non ei flagellorum ista correptio inducat notam infamie*; ello parece significar una excepción a la regla general para este supuesto en concreto. En la misma línea de la disposición anterior, unos años más tarde, en otra disposición del citado monarca, que se encuentra recogida en LV 2,1,31¹¹ y que tiene la siguiente rúbrica: *De his; qui regiam contemserint iussionem*, se refiere asimismo a la pena corporal de azotes sin que ello suponga la pena de infamia para el supuesto al que se refiere la ley.

Por otro lado, conviene también destacar en la legislación visigoda que desde el ángulo de su aplicación *pro qualitate personarum* tiene perfecto sentido que algunas de las penas contempladas en la ley de los visigodos, como la infamia, no sea un castigo de *servi*, sino que resulte la pena principal de los *potentes*. Es la pena preferida por el legislador secular en la represión de la falsedad: se trata de una pérdida del honor, una degradación de la posi-

asientan en el antiguo territorio del Imperio romano occidental. Entre los autores modernos no deja de reconocerse la profunda romanización de los reyes visigodos; sobre el particular, ver, entre otros, D'ORS, A., «El Código de Eurico», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Estudios Visigóticos II*, Roma-Madrid, 1960, p. 9.

⁸ Así, en LV 2,4,6, se establece, entre otras cosas que [...] *turpiter decalvati perenni infamia subiacebunt*; por otro lado, tratándose de la pena de azotes, algunas disposiciones aluden a la pena accesoria de la infamia, así la disposición *antiqua* contenida en LV 2,4,2, dispone lo siguiente :[...] *et C flagella infamati suscipiant*. También en la LV 3,4,15, *antiqua*, se dice que [...] *infamia C verbera ferat*.

⁹ El tema de las penas en el Derecho visigodo ha sido objeto de estudio en fechas no muy lejanas por PETIT, C., «Crimen y castigo en el reino de Toledo», en *La peine-Punishment. Recueils de la Société Jean Bodin por l'Histoire comparative des institutions*, 1991, tomo LVI, pp. 50 ss. Un estudio reciente sobre la infamia en diferentes etapas históricas, puede verse en MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, obra ya citada.

¹⁰ Se cita la mencionada *Lex Visigothorum* por la ed. de K. ZEUMER en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. I, Hannover-Leipzig, 1902.

¹¹ El contenido de la LV 2,1,31 se expresa en los siguientes términos: *Quicumque ingenuorum regiam iussionem contemnere invenitur; si nobilior persona est, tres libras auri fisco persolvat; si autem talis sit, qui non habeat, unde anc rei summam adimpleat, sine suo infamio dignitatis C hictus flagellorum accipiat. Quod si eventus egritudinis, commotio tempestatis, inundatio fluminis, conspersio nivis, vel si quid inebitabile noxie rei obviasse veris patuerit indiciis, non erit reus regie iussionis aut damnis indictis, cui obvians fuit causa manifeste necessitatis*.

ción jurídica habitual; por eso, como ya se ha dicho anteriormente, nunca se aplica a los *servi*, cuyo estatuto de limitada capacidad es afín al del infame¹².

También en el Fuero Juzgo¹³ se impone la pena de infamia para aquellos delitos sancionados con la pena de azotes¹⁴ y en el citado Fuero se aprecia mucha similitud con lo que establece el texto legal de los visigodos¹⁵.

Ahora bien, al igual que se ha visto en la ley visigoda, en el citado Fuero se recogen supuestos en los que habiendo pena de azotes, no acarrea la nota de infamia. Así, la disposición contenida en FJ 2,1,17 contempla la no comparecencia de quien es llamado ante el juez y es sancionado con pena pecuniaria; si no tuviese para pagarla, según se establece en el texto: *reciba L azotes antel juez, de tal manera que por aquestos azotes que non sea difamado*.

Del mismo modo, en FJ 2,1,31, bajo la rúbrica: *De los que non quieren venir por mandado del rey*, se establece seguidamente que [...] *si es omne de mayor guisa peche tres libras doro al rey. E si non ov iere onde las pague, reciba C. azotes, é non pierda su ondra*.

Por otro lado, uno de los textos más representativos de la recepción del Derecho romano en la península Ibérica, como son las Siete Partidas, concretamente, la Partida 7, Título 6, tiene la rúbrica: *De los enfamados*; además en otras sedes del texto legal se hacen alusiones a diferentes supuestos de la infamia, algunos de los cuales tienen relación con la infamia *per sententiam*.

Como es sabido, las Partidas acostumbran a dar definiciones y para referirse a la infamia, en la primera disposición del título citado, esto es, en P.7,6,1, dice lo siguiente: *Fama es el buen estado del ome que viue derecha-*

¹² Véase, PETIT, C., «Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo», en *La peine-Punishment. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions*, op. cit., pp. 58 ss.

¹³ En el siglo XIII se traduce la *Lex Visigothorum* al castellano con el nombre de Fuero Juzgo. Sobre el citado texto legal puede verse una obra que sigue siendo especialmente útil de FERNÁNDEZ LLERA, F., *Gramática y vocabulario del Fuero Juzgo*, Madrid, 1930. Se utiliza en las citas del Fuero la ed. de MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1985.

¹⁴ Véase, entre otras disposiciones, la contenida en FJ 2,4,2, relacionada con *las testimonia*, y en la que dice, entre otras cosas: [...] *e si es omne de menor guisa, y es omne libre, non puede mas seer testimonia, é demás reciba C. azotes, é sea difamado. Ca non es menor pecado de negar la verdad, de lo que es de decir la mentira*.

¹⁵ Otra disposición del Fuero en la que se habla de la infamia está contenida en FJ 2,5,17: *Si la testimonia dize una cosa, y el scripto dize otra. Dispone, entre otras cosas, que tod omne que daqui adelante fiziere escripto, que da sus cosas, o vendi a otri, si fuere sabido que otra cosa dixo por enganno ante las testimonia, é otra en el escripto, debe pechar la pena, que es en el escripto, à a quel a quie quiso engañar, é ser difamado[...]*

mente, e secund ley, e buenas costumbres, e non auiedo en si manzilla, non mala estança [...]

Por lo que respecta a los estudios doctrinales sobre la materia, conviene destacar que además de los estudios clásicos sobre la infamia en la fuentes romanas¹⁶, en fechas más recientes se han realizado algunos escritos monográficos¹⁷, en unos casos, y más puntuales, en otros, sobre el citado tema.

Por nuestra parte, nos vamos a centrar en la infamia que deriva del ejercicio de las acciones en determinadas relaciones jurídico-privadas y es que la infamia no aparece tan sólo como consecuencia jurídica por la comisión de determinados delitos, sino que también desborda el marco jurídico-penal aunque en menor medida. De esta manera, en las siguientes líneas no se pretende hacer una aportación inédita sobre la infamia; nos conformamos con destacar la importancia que algunos ordenamientos jurídicos han dado al quebrantamiento de la *fides* en determinadas relaciones jurídicas de carácter privado y la consecuencia de la infamia para estos supuestos y nos centramos preferentemente en el ordenamiento jurídico romano y en la recepción del mismo en el texto medieval de las Siete Partidas.

2. DERECHO ROMANO.

2.1. Consideraciones previas relacionadas con la infamia.

En las fuentes de la época romana encontramos diferentes términos con los que se refieren a la estima social de una persona, así como a la desestima social. En primer lugar, para establecer que una determinada persona gozaba de un reconocimiento social, se utilizaban diferentes vocablos, entre

¹⁶ Una de las corrientes clásicas está encabezada por SAVIGNY, F. K. von, *System des heutingen römischen Rechts*, Berlin, 1840, trad. española por Jacinto Mesia y Manuel Poley, con el título de: *Sistema del derecho romano actual*. Libro II: Relaciones de Derecho, Granada, 2005, pp. 258 ss. Relaciona el autor la infamia con una absoluta dependencia respecto de los antiguos *mores*, como una señal a destacar en la capacidad de influencia normativa de los mismos, pp. 177 ss. Otra de las corrientes está representada por MOMMSEN, T., *Römischen Strafrecht*, Leipzig, 1899, trad. española por P. Dorado, Bogotá, 1976, según la cual el origen se situaría en el ámbito de los delitos y su represión penal, como una expresión más de las relaciones entre los poderes públicos de los magistrados y la propia organización del Estado, cf., pp. 613 ss. En adelante se cita por la edición traducida: *Derecho penal romano*. También POMMERAY, L., *Études sur l'infamie en droit romain*, París, 1937, hace un estudio de la infamia en el Derecho romano llegando hasta el Bajo Imperio y analiza asimismo algunas disposiciones de la ley de los visigodos que hacen claras alusiones a la infamia.

¹⁷ Entre otros, véase CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *La infamia en el Derecho Romano*, *op. cit.*, y la bibliografía que allí se cita; también, MASFERRER DOMINGO, A., *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, *op. cit.*, y la bibliografía que se cita en la obra.

otros: *integra dignitas*¹⁸, *fama*¹⁹ y también *existimatio*²⁰; por otro lado, para referirse a la mala reputación en el ámbito social, vemos también en las fuentes variados términos, como: *improbis intestabilisque*²¹, *ignominia*²², *turpitud*²³, *infamia*²⁴.

Por otro lado, en algunos textos pertenecientes a las fuentes literarias se presenta la infamia como un atentado a las reglas respetadas por la comunidad: *fides*, *fama*, *virtus* y *decus*²⁵. En otro texto leemos que conforme a los *mores maiorum* se debería proteger, en primer lugar, a aquellos confiados a nuestra *fides* y tutela²⁶.

En el ordenamiento jurídico romano, como se ha dicho anteriormente, ya existía la degradación del honor civil producida por la infamia. Hay que tener en cuenta que la igualdad jurídica de todos los ciudadanos pertenecientes a la misma comunidad era el fundamento de las instituciones que constituían el Estado romano; no obstante en el Derecho penal de la época romana tiene lugar la limitación de los derechos civiles del individuo, ya como pena accesoria de alguna otra, ya como pena principal²⁷.

Uno de los supuestos que suponen una disminución de los derechos civiles es la infamia por causa de delito. Considera Mommsen²⁸, al referirse a la

¹⁸ Cf. la constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano contenida en C. 10,59,1; también el texto de *Callistratus*, citado ya anteriormente, en D. 50,13,5,1.

¹⁹ Cf. D. 3,2,24.

²⁰ Ver D. 3,2,2,2, *in fine*: [...] *haec autem missio existimationem non laedit, ut esse saepissime rescriptum*; D. 50,13,5,1.

²¹ Este término lo encontramos tanto en fuentes literarias, cf. GELLIO, A., *Noctes Atticae*, 15,13,11; TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, 20,7,34; así como en las jurídicas: XII Tablas, 8, 22; asimismo en una constitución recogida en CTh. 16, 5,9,pr.

²² Cf. D. 3,2,20; también en Gayo 4,60 y 4,182, entre otros.

²³ En algunos pasajes del Digesto leemos este término: D. 4,3,11, 1 y en D. 22,5,3,pr.

²⁴ Cf. en D. 3,2, que lleva la rúbrica: *De his qui notantur infamia*. Asimismo, Constantino en algunas constituciones recogidas en el Código de Justiniano utiliza los términos *infamia* y *turpitud*, concretamente en C. 3,28,27 y C. 12,1,2.

²⁵ Así se lee en PLAUTO, *Mastellaria*, 5,144, donde dice: *Nunc silmul res, fides, fama, virtus, decus, deseruerunt [...]*

²⁶ Cf. el texto de AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 5,13,2, que se expresa en los siguientes términos: *ex moribus populi romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos [...]*

²⁷ Se refiere MOMMSEN, T., *Derecho penal romano, op. cit.*, pp. 608 ss., a una serie de privaciones de los derechos civiles: privación por causa de delito, del derecho de sepultura y de la buena memoria; privación, por vía de pena, del derecho de testificar; infamia por causa de delito; incapacidad, por razón de delito, para ocupar cargos públicos y para ser senador; incapacidad, por causa de delito, para gestionar negocios.

²⁸ *Ibidem*, pp. 613-614.

citada infamia derivada de la comisión de un delito que sin embargo «las faltas de lealtad y de confianza demostradas en algún pleito por causa de tutela, o en cualquier otro juicio privado semejante a éste, el no guardar luto por el tiempo debido, eran motivos por los que uno perdía la incolumidad moral, pero no constituían delitos y, por consiguiente, las desigualdades jurídicas a que estos actos daban lugar no estaban consideradas como penas».

Por otro lado, se puede hablar de infamia por causa de delitos privados que privaban de representar en juicio precisamente privado a otras personas, entre los que se pueden destacar, por ejemplo, la condena o la composición por causa de un delito cometido de forma dolosa por el condenado: concretamente, por causa de hurto o rapiña, por causa de injuria, de seducción de esclavos y de fraude o estafa²⁹.

2.2. La infamia que deriva del ejercicio de determinadas acciones privadas.

2.2.1. Las fuentes.

Las fuentes de información que tenemos al respecto procedentes de la época romana son variadas. Presentan las mismas distintos supuestos de infamia, no obstante, como se viene diciendo, vamos a prestar atención a aquéllos que tienen relación con el ejercicio de determinadas acciones de carácter privado.

Por lo que respecta a las fuentes jurídicas, en las Instituciones de Gayo, concretamente en *Gaius* 4, 182, el jurista empieza diciendo qué juicios son los considerados *damnati ignominiosi* y presenta en el texto una serie de supuestos, a modo de ejemplos, como indica en el «*velut*» al comienzo del párrafo, y dice lo siguiente: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, ui bonotum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi [...]*. Además, al final del citado texto³⁰ escribe el jurista que en el Edicto del pretor no se dice cuándo alguien incurre en infamia, sino que se considera afectado de infamia al que le está prohibido postular por otro, designar representante procesal solemne o tener procurador, así como también actuar en un juicio desempeñando las citadas funciones.

Como dice el jurista citado el Edicto no contenía una lista de acciones infamantes. Establecía el pretor, magistrado encargado de la administración de justicia, que las personas condenadas por efecto del ejercicio de estas acciones, no podían nombrar un representante en el proceso civil (*cognitor* o *procurator*) y además, limitaba el derecho de estas personas condenadas a representar procesalmente a otras (*postulare pro aliis*). En definitiva, el citado magistrado no decía expresamente que consideraba a estas personas

²⁹ *Ibidem*, p. 615.

³⁰ En *Gaius* 4,182, *in fine*, se establece lo siguiente: *Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit [...]*

infames o *ignominiosi*, pero la infamia y la ignominia se hallaban implícitas en los casos por él enunciados. Algunas de estas acciones fueron penales (*actio furti*, *actio vi bonorum raptorum*, *la actio de dolo*), otras no tuvieron este carácter (así, se pueden mencionar, la *actio mandati*, *actio depositi*, *actio fiduciae*, y asimismo la *actio pro socio*).

También en la época postclásica, en el texto de las *Pauli Sententiae*, concretamente en PS 1,2, que lleva la siguiente rúbrica: *De procuratoribus et cognitoribus*, en la primera disposición del título ³¹ establece la prohibición del infame para ser nombrado *cognitor*, ni aún con el consentimiento de los adversarios.

La compilación de Justiniano tiende a crear un concepto general de infamia y los compiladores modificaron la rúbrica del Edicto relativa al *postulare pro aliis*, creando la siguiente: *De his, qui notantur infamia*, en la que está comprendida la que era considerada como ignominia pretoria. Conviene destacar que «la reforma justiniana se conecta con la práctica postclásica de calificar a determinadas personas como infames en los textos legislativos, y la antigua incapacidad de postular deviene así una nueva consecuencia de la infamia declarada por la ley»³².

Veamos a continuación algunos de los textos pertenecientes a la citada compilación justiniana. En primer lugar, D. 3,2, tiene la rúbrica, mencionada anteriormente: *De his, qui notantur infamia* y concretamente en D. 3,2,1 presenta una serie de supuestos que llevan aparejada la nota de infamia y se expresa en los siguientes términos: *Praetoris verba dicunt: infamia notatur qui ab exercitu ignominiae cusa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimisus erit [...] qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit.*

Por otro lado, en las Instituciones del citado emperador, en Inst. 4,16,2, dispone lo siguiente³³: *Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est et ob quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur [...]*

Es evidente que este elenco de causas coincide casi completamente con las que recoge el Digesto en el texto citado. En los dos textos justinianos se

³¹ El texto contenido en PS 1,2,1, se manifiesta en los siguientes términos: *Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse etiam uolentibus aduersariis.*

³² Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho Romano», en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*. Vol. IV, Madrid, 1988, p. 331.

³³ En el citado texto de Inst. 4,16,2, establece asimismo que no sólo serán tachados de infames los condenados por estas acciones, sino también los que hayan pactado para evitar la pena: *[...] non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.*

hace referencia a las acciones derivadas del ejercicio de la tutela, y a continuación hace alusión a las acciones que derivan de una relación contractual como es el caso del mandato, depósito y contrato de sociedad.

A la vista de los textos citados pertenecientes a la compilación justiniana, podemos destacar algunos aspectos concretos: en primer lugar, no aparece mencionada la *actio fiduciae* ya que no existe en la legislación justiniana; por otro lado, añade la *actio* de dolo que no estaba citada en las Instituciones de Gayo. Considera D'Ors³⁴ que con este pasaje el emperador enmendó el olvido de Gayo de la *actio de dolo*. La causa de que Gayo no la incluyera puede deberse a los propios orígenes de la infamia. Posiblemente este origen haya que vincularlo a las acciones penales del antiguo *ius civile*, acciones que presuponían un *dolus malus*, de las cuales sólo se mantuvo la *actio furti* por el *duplum*³⁵. Además, el citado autor, considera que «del carácter infamante de la *actio* de dolo no podemos dudar, aunque sea ésta una acción subsidiaria»³⁶.

Finalmente, otro aspecto a destacar en los citados textos justinianos, es que la carga de infamia sólo tiene lugar en el ejercicio de la acción directa, no de la contraria : según puede leerse en el texto [...] *directis non contrariis actionibus*.

En otra sede del Código del citado emperador se refiere en el Libro 2, Título 11(12) a la infamia, con la siguiente rúbrica: *De causis, ex quibus infamia alicui inrogatur* y menciona a los condenados a trabajos públicos³⁷ y también al condenado por injurias³⁸; en la sede citada están, además, los que son demandados por la acción de sociedad por infringir la *fides* exigida, según se establece en la constitución contenida en C. 2,11(12),22³⁹.

En definitiva, conviene destacar que lo que respecta a las acciones que derivan de relaciones jurídico-privadas suponen falta a la confianza prestada y siempre que la condena sea por el dolo acarrearán la nota de infamia. En los

³⁴ Véase D'Ors, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», en *Sodalitas. Scritti in onore de A. Guarino*, Vol. VI, p. 2575.

³⁵ *Ibidem*, p. 2588.

³⁶ *Ibidem*, p. 2579. Por otro lado, según el citado autor, la inclusión de la *actio de dolo* era congruente con la condena por el dolo causante propia de aquella acción: era natural que la mencionada *actio*, aun sin antecedentes civiles, debiera considerarse infamante; pero habría sido la única acción pretoria sin antecedentes civiles agregada al elenco, *ibidem*, pp. 2579-2580.

³⁷ Cf. C. 2,11(12),16 donde está contenida una constitución del emperador Gordiano a Domiciano.

³⁸ En la constitución que está recogida en C.2.11(12), 10, se establece: *Iniuriarum ex persona quoque servi damnatus infamia notatur*. En cambio, los deudores que sufren la venta pública de sus bienes no soportan la carga de la infamia.

³⁹ La constitución en C. 2,11(12), 22 establece lo siguiente: *Fidem rupens societatis cum infamiae periculo suo nomine pro socio conventus ad faciendum satis urgetur*.

supuestos que nos presentan las fuentes citadas se ha tramitado un juicio que conlleva junto a la pena impuesta en la sentencia correspondiente la nota de infamia y un denominador común en los juicios tramitados es la quiebra de la *fides*.

Por otra parte, en determinadas fuentes epigráficas encontramos asimismo menciones de indignidad; así, la *Lex iulia municipalis*⁴⁰, enumera una serie de personas que son indignas para ocupar el cargo de decurión y, entre otras, se va a referir a las personas que intervienen en determinadas relaciones contractuales contra las que se ha tramitado un *iudicium*: [...] *queiue iudicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandatei...*, *deue d(olo) m(alo) condemnatus est erit*. También menciona el *iudicium iniuriarum*.

Otra lista de acciones infamantes se presenta en el *Fragmentum Atestinum*, también de mediados del s. I a. C. Se refiere la citada fuente a la competencia jurisdiccional de los magistrados locales y lo que interesa destacar son las acciones infamantes a las que hace mención el texto: *fiduciae, pro socio, mandati, tutelae*, con relativa seguridad. Y a continuación añade: *suo nomine quodue ipse earum rerum quid gessisse dicetur, addicetur, aut quod furti quod ad hominem liberum liberamue pertinere deicatur aut iniuriarum agatur [...]*

Del mismo modo, en la *Lex Irnitana*⁴¹ encontramos algunos supuestos en la línea a la que nos venimos refiriendo. Concretamente en el Capítulo 84 lleva la rúbrica: *Quarum rerum et ad quantam pecuniam in eo municipio i(uris) d(ictio) sit*. Se refiere el citado capítulo a una serie de acciones para el inicio de un juicio que no pueden interponerse ante el magistrado municipal, bien por razón de la cuantía (si el asunto es superior a 1000 sestercios) o por otra serie de razones, según dice el texto: [...] *neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod d(olo) m(alo) factum esse dicatur, aut depositi, aut tutelae cum quo qui suo nomine [quid earum rerum fecisse dicatur [...]]*

Como es sabido, la existencia de dolo malo es requisito para que la condena conlleve la nota de infamia en determinados juicios, como los que se mencionan expresamente en la *lex*: los juicios de sociedad, fiducia o mandato; por otro lado, en cuanto a las acciones derivadas del depósito o de la

⁴⁰ Recibe tradicionalmente este nombre un texto epigráfico de bronce conocido como *Tabula Heracleensis* de la época de César. Edición FIRA, *Caput III*, 13), lins. 108 ss.

⁴¹ La reconstrucción del texto puede verse en D'ORS, A. y D'ORS, J., *Lex Irnitana* (Texto bilingüe) Universidad de Santiago de Compostela, 1988. En cuanto a la autoría de la citada ley, muy probablemente fue Domiciano el autor de la misma, ahora bien, como quiera que en el cap. 91 se hace mención a la *lex Iulia de iudiciis privatis*, del año 17 a. C., como una ley *proxime lata*, «se deduce que esa ley de Domiciano fue una ley reformada unos quince años después de que Vespasiano hubiera concedido el *ius Latii* a los municipios de Hispania sobre la base de una anterior ley de Augusto, dada para los municipios de Italia» [...], cf. *ibidem*, p. 4.

tutela, no menciona el dolo malo, ya que se trata de acciones que conllevan la nota de infamia.

El análisis de las fuentes literarias y epigráficas le permiten a D'Ors⁴² presentar una lista de acciones privadas infamantes: 1) acciones penales *furti, legis Laetoriae, iniuriarum* y *ex sponsione probrosa*; 2) *actio depositi*, suponiendo que no era ya la acción penal de hurto; 3) las acciones contractuales *fiduciae, pro socio* y *mandati*, siempre que la condena sea por dolo y 4) el ejercicio de la *actio tutelae*.

Veamos a continuación por separado los aspectos más concretos que tienen relación con el vínculo de confianza de las relaciones jurídico privadas a las que venimos haciendo mención y que tienen como denominador común el quebrantamiento de la *fides* en las citadas relaciones jurídicas.

2.2.2. *El quebrantamiento de la fides en algunas relaciones privadas y las acciones que de ellas derivan.*

a) *Consideraciones previas*⁴³.

En un grupo de relaciones jurídicas en las que la acción pertinente da lugar a un *bonae fidei iudicium*, el deudor responde por *dolus malus*. Como es sabido, el *dolus*, en sentido amplio, es toda conducta conscientemente contraria a la buena fe. A este grupo pertenecen las obligaciones en que el deudor condenado es infame y podemos citar, por ejemplo: la tutela, el depósito, la fiducia, la *societas* y el mandato, relaciones jurídicas privadas a las que nos venimos refiriendo en las presentes líneas.

Tal vez la deslealtad consciente, constituye primitivamente un delito cuya supervivencia residual sea la infamia. A partir de la república tardía el concepto de responsabilidad por dolo va relajándose, de manera que casos de grave negligencia son incluidos en la deslealtad y equiparados al dolo.

En definitiva, se pretende destacar a continuación determinados aspectos concretos de las mencionadas relaciones jurídicas, así como las acciones que proceden de las mismas.

b) *La tutela y la actio tutelae.*

Por lo que respecta a la tutela en el derecho antiguo, como es sabido el tutor recibía amplios poderes aunque ello no excluía por completo la libertad de disposición del pupilo sobre su patrimonio. Ya desde muy pronto se permitió al pupilo realizar por sí negocios jurídicos si poseía la capacidad

⁴² Vid. D'Ors, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», op. cit., p. 2586.

⁴³ En relación con la *fides* conviene recordar la definición propuesta por Cicerón en su obra sobre los deberes (*De off.* 1,23): *la fides es dictorum conventorumque constantia et veritas*. En otro fragmento de esta misma obra comenta que incluso la *fides* de los juramentos hay que mantenerla frecuentemente frente a los enemigos, en *De off.* 3,107: [...]*fidesque iuris iurandi saepe cum hoste servanda*.

necesaria para ello, de la cual el requisito fundamental era haber salido de la edad de la infancia.

Por otro lado, hay que destacar que la transformación de la tutela en un deber jurídico se refleja en la evolución de las acciones que de ella derivan. De esta manera, además de la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*, se crea en la época de la República una acción nueva, la *actio tutelae*, ya conocida en la época de *Quintus Mucius*, como *iudicium bonae fidei*⁴⁴.

Se trata de una acción para todo tipo de tutela, acción de buena fe y de condena infamante. Además, el carácter infamante de la condena de la citada *actio* no obliga a pensar en una limitación inicial de la responsabilidad del tutor al *dolus malus*, pese a alguna referencia al *dolus*, como por ejemplo el texto de Ulpiano en D. 26,7,7 pr.⁴⁵; también D. 27,3,6⁴⁶.

En diferentes sedes del Código se alusión asimismo a la infamia; así en relación con la tutela, concretamente, en C. 5,42,2, pr., establece que los tutores que no den fianza no por pobreza sino por fraude, serán tachados de infames; del mismo modo, la disposición contenida en C. 5,43,9⁴⁷ se refiere a los tutores que actúan con dolo y les califica de infames.

El derecho clásico, basándose en el principio de la *bona fides*, construyó la responsabilidad del tutor por los daños que sus actos u omisiones causarían al pupilo. Es cierto que la falta de lealtad y de confianza demostradas en algún pleito por causa de tutela o en cualquier otro juicio privado semejante a éste, no constituían delitos⁴⁸, pero sí un quebrantamiento de la lealtad que se le exige a quien desempeña un cargo como representante de un menor. En este sentido podría considerarse que la *actio tutelae* es infamante aunque no haya dolo, en base a un texto de Ulpiano contenido en D. 50,16,42⁴⁹. En el período clásico tardío, la culpa es mencionada expresamente al lado del dolo, en la *actio tutelae*.

De esta manera, dado el carácter de confianza de la relación entre tutor y pupilo, la condena por la *actio tutelae* implicaba un menoscabo del honor

⁴⁴ Cf. el texto de Cicerón en *De off.* 3,70, donde se menciona al jurista citado.

⁴⁵ En el texto de Ulpiano contenido en D. 26,7,7, pr., se dice, entre otras cosas: *Tutor; qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliquid aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit [...]*

⁴⁶ Asimismo en otro texto del citado jurista perteneciente al libro 43 *ad Sabinum* contenido en D. 27,3,6 dice así: [...] *et aequum est, ut eum dumtaxat dolum pater praestet qui commissus est ante emancipationem filii.*

⁴⁷ La constitución del año 294 se expresa en los siguientes términos: *Suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est.*

⁴⁸ Sobre el particular, MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, op. cit., p. 613.

⁴⁹ En D. 50,16, 42, se establece, entre otras cosas, lo siguiente: [...] *enim vero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.*

civil del tutor (infamia), como se ha tenido ocasión de ver en las fuentes jurídicas y literarias a las que se ha hecho mención anteriormente.

c) *El depósito y la actio depositi.*

La relación que deriva del depósito⁵⁰ es otro de los supuestos en los que ha de tenerse en cuenta la *fides* que ha de existir en la mencionada relación obligacional. Además, como es sabido, el citado contrato, lo mismo que el de *comodatum*, era rigurosamente gratuito.

El *depositum* es un venerable contrato que se encuentra reconocido como institución en los más viejos sistemas jurídicos y es que en los tiempos primitivos las gentes sentían frecuentemente la necesidad de confiar la custodia de objetos valiosos a personas de cuya lealtad estuviesen seguros⁵¹. La doctrina romanística ha dedicado especial atención al régimen de la responsabilidad del depositario y la opinión común, basándose en los textos romanos, es la de que en el derecho clásico el depositario responde solamente por dolo.

Los motivos adoptados por los juristas romanos son bien conocidos: según el texto de Modestino: *in depositi uero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur*⁵²; y Gayo añade que el depositario negligente no responde de la pérdida de la cosa mal custodiada: *quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae uero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere*⁵³. No obstante, el depositario podía por medio de un pacto añadido *in continente* al contrato, asumir una mayor responsabilidad por la custodia hasta el límite de la *culpa levis*; y podía además extender la responsabilidad hasta el caso fortuito.

En la época postclásica, la responsabilidad del depositario por dolo se mantiene. En la *Collatio Legum*, de finales del s. IV, el título X del citado texto legal lleva la rúbrica: *De Deposito* y algunos textos de juristas nos recuerdan la responsabilidad por dolo del depositario⁵⁴ que sigue aplicable en esta época; por otro lado, dos constituciones (fechadas las dos a finales del s. III) recogidas en el citado texto legal se refieren a la responsabilidad del depositario en los siguientes términos: en primer lugar, en Coll. 10,3,1, se dice: *Eum qui susceperit depositum dolum non etiam casum, praestare certi*

⁵⁰ Cf. los textos contenidos en D. 16,3; también en C. 4,34.

⁵¹ Entre otros, véase, SHULZ, F., *Derecho romano clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, p. 495.

⁵² El texto citado de Modestino está contenido en la *Collatio Legum*, 10,2,1.

⁵³ Cf. D. 44,7,1,5

⁵⁴ Como el texto de Modestino citado anteriormente y el de Paulo en el *libro secundo sententiarum*, bajo el título: *De deposito*.

ius est. También en Coll. 10,5: *Is, qui depositum susceperit, ultra dolum, si non aliud specialiter conuenit, praestare nihil necesse habet [...]*

En relación con esta exigencia solamente por dolo a la que se refieren las constituciones aludidas, consideran algunos autores que «el hecho de que estas constituciones se encuentren en la *Collatio*, es un indicio de que el estado del derecho probablemente no ha sufrido modificaciones, por lo menos hasta el final del siglo IV, ya que la mencionada obra no puede ser redactada sino es después del 390 d. C»⁵⁵. En la época de Justiniano, como consecuencia del principio justiniano: *culpa lata dolo aequiparatur*, la exigencia de responsabilidad del depositario se extiende a la culpa lata.

Por lo que respecta a la infamia en la relación jurídica a la que nos venimos refiriendo, se ha visto en las fuentes las constantes alusiones que hacen al depositario, de manera que si era condenado por la *actio depositi* sufría una degradación en su honor civil (infamia).

En cuanto a las acciones que se pueden ejercitar contra el depositario no es extraño que las XII Tablas⁵⁶ protegiesen al depositante, concediéndole una acción por el doble del valor de la cosa depositada. No obstante lo anterior, «ello no significa que el primitivo derecho quirritario reconociese el depósito como un negocio jurídico capaz de generar obligaciones civiles, o dicho de otra forma que lo considerase como contrato y le concediese una acción contractual»⁵⁷.

Al citado texto decenviral se refiere Paulo en las *Pauli Sententiae*, concretamente en PS 2,12,11 = Coll.10,7,11, donde establece lo siguiente: *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*. Con ello se demuestra que «la ley decenviral no consideraba el depósito capaz de generar responsabilidad contractual a cargo del depositario, y consideraba delito la infracción de no responder a la confianza en la que se basa la entrega de la cosa cuando ésta no es custodiada y devuelta»⁵⁸.

Por otro lado, el citado jurista alude asimismo a la *actio* contenida en el edicto del pretor, por la que la condena para el depositario es *in simplum*. A esta acción edictal se refiere ya de forma más precisa Ulpiano en D. 16,3,1,1⁵⁹. En efecto, el edicto contiene una acción pretoria⁶⁰ con fórmula *in*

⁵⁵ Véase LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, Milano, 1946, p. 19.

⁵⁶ Cf. el texto legal de las XII Tablas 8, 19.

⁵⁷ LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., p. 2. Conviene recordar asimismo que además del depósito, también la fiducia, así como el comodato y el *pignus*, en la fase inicial, no tuvieron reconocimiento ni defensa contractual.

⁵⁸ Sobre el particular, véase, LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., p. 3.

⁵⁹ El texto de Ulpiano en D. 16,3,1,1, establece: *Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque uinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum, ex earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum [...] iudicium dabo*.

⁶⁰ Esta acción conserva los caracteres originarios de la acción penal, según puede

factum concepta per rem dolo malo redditam non esse, contra el depositario que no restituye la cosa; la acción es por el *simpulum* si se trata de un depósito ordinario y por el doble cuando el depósito tiene lugar como consecuencia de una catástrofe⁶¹.

Sobre el citado edicto considera Longo que «no habría tenido razón de ser si el acuerdo realizado para la custodia de la cosa hubiese estado anteriormente reconocida como obligación por el *ius civile*»⁶².

Posteriormente, en la república tardía o en los comienzos del período clásico aparece una fórmula *in ius concepta*⁶³ como *bonae fidei iudicium*, con lo que la responsabilidad derivada del depósito es reconocida como verdadera responsabilidad contractual. Hasta entonces lo que existía, como ya se ha dicho anteriormente, era la *actio in factum*⁶⁴ que se ejercitaba contra el depositario que actuando con dolo no devuelve un bien mueble que le ha sido entregado para su custodia y a esta acción es a la que se refieren los juristas en la mayor parte de los casos⁶⁵.

apreciarse en D. 47,2,68(67) pr.: *Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est)*. Según D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 523, el citado texto, probablemente interpolado, refleja una antigua idea.

⁶¹ Considera ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, Milano, 1922, p. 94, que cuando se crea la *actio in factum* pretoria el elemento penal sigue teniendo prevalencia, por ello dice el citado autor que «mentre in altri rapporti già ab antiquo riassunti nel sistema dei contratti si svolse, entro limiti e con risultati diversi, la responsabilità per culpa, la responsabilità del depositario rimane sempre nella sua sostanza una responsabilità *ex delicto*, che trova il suo limite e la sua espressione nel dolo. El tema de: «La misura della responsabilità nell'actio depositi» del citado autor está asimismo publicado en *Archivio Giuridico*, 83 (1909), pp. 269-313.

⁶² Cf. LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., pp. 3-4.

⁶³ Por lo que respecta a la época de la creación de la fórmula *in ius* en el primer siglo del Imperio, así lo consideran, entre otros, ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, op. cit., pp. 54-55; LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, op. cit., p. 4, se refiere concretamente a la segunda mitad del siglo I. D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 521, se refiere a la última época clásica cuando el depósito es considerado contrato y una *actio depositi* con la fórmula *in ius concepta* y *ex fide bona* aparece al lado de la acción de la fiducia.

⁶⁴ En el derecho arcaico, considera D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 522 que «la acción contra el depositario infiel pudo ser la misma *actio furti*, pero ésta debió resultar inaplicable cuando se precisó la *contractatio* como elemento esencial del hurto».

⁶⁵ El pacto con el cual se aumentaba la responsabilidad del depositario podía tener lugar entre los contratantes, aunque sólo tenía eficacia con el ejercicio de la *actio in ius* ya que solamente en los *iudicia bonae fidei* se reconocía valor a los *pacta in continente facta* a favor del actor; no se admitía con el ejercicio de la *actio in factum*, de naturaleza más rígida, cuasi penal debido a que en este caso no se podía responder más allá de lo que estaba establecido en la fórmula, véase, por ejemplo, ALBERTARIO, E., «Variazioni

En cuanto a la citada *actio depositi* conviene destacar que «aunque no siendo penal, había venido a sustituir a la antigua *actio furti* contra el depositario infiel»⁶⁶ y tiene efecto infamante.

La infamia procede de la responsabilidad en la que se incurre por el ejercicio de la *actio depositi*. Es concebida por los romanos como la sanción del *crimen violatae fidei*, por no cumplir con las obligaciones asumidas propias del depósito y precisamente por ello la infamia se refiere sólo a la *actio* directa, no a la contraria, como se ha tenido ocasión de ver en las fuentes, porque aunque el depositante puede ser condenado a pagar el resarcimiento de los daños y abono de los gastos, no se trata de una *fides rupta*, sino de una simple indemnización pecuniaria⁶⁷.

En definitiva, la *actio* infamante se justifica porque el depositario presta un servicio al amigo y deberá respetar la buena fe que es inherente al contrato⁶⁸. Según las palabras de Ulpiano⁶⁹, todo lo que concierne a la guarda de la cosa está confiado a la buena fe del depositario. Si el depositario actúa de forma negligente no será considerado responsable. «El depositante deberá reprenderse a sí mismo si ha elegido con ligereza al confiar su bien a un amigo negligente»⁷⁰.

Nos referimos seguidamente a tres supuestos de infidelidad contractual en la fiducia, sociedad y mandato. Dentro de los contratos de buena fe, se trata de contratos de «confianza». En estos tres casos la acción era infamante cuando el juez hubiera podido apreciar una conducta dolosa, no culposa.

d) *Fiducia y la actio fiduciae*.

El ordenamiento jurídico antiguo y clásico tenía para cumplir los fines de garantía dos instrumentos jurídicos, la fiducia⁷¹ que implica transmisión de

di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patto», in *Studio di Diritto romano*, 4 (Milano, 1936), p. 247.

⁶⁶ Vid. D'ORS, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», op. cit., p. 2588.

⁶⁷ Vid. ROTONDI, G., «Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano», in *Scritti Giuridici*, op. cit., p. 115.

⁶⁸ Vid. ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit romain*, Bruxelles, 1987, p. 36.

⁶⁹ Cf. D. 16,3,1, pr.

⁷⁰ ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit romain*, op. cit., p. 36. En otro orden de cosas, conviene destacar que la custodia es el fin típico y específico del depósito y así lo confirman algunos textos. Habida cuenta de que no es el objeto específico de nuestro trabajo, mencionamos sólo un texto de Ulpiano contenido en D. 16,3,1, pr., en el que después de presentar la definición del contrato, establece: *quod ad custodiam rei pertinet*.

⁷¹ La fiducia es un negocio jurídico cuyo cumplimiento depende de la buena fe de una de las partes.

propiedad y el *pignus* que consiste en que el titular de la garantía adquiere un derecho limitado sobre cosa ajena⁷².

Si nos centramos en la primera de las instituciones citadas, la *fiducia cum creditore*⁷³ es una institución de la época republicana, pero aun en la época clásica se hallaba muy extendida como medio de dar en garantía de créditos determinadas res *mancipi*.

La enajenación fiduciaria se efectuaba por *mancipatio* o *in iure cesio*. La cosa era entregada al acreedor de alguna de estas maneras pero con el pacto de devolución al deudor tan pronto la deuda fuera cancelada y por el mismo procedimiento.

Por lo que respecta a las acciones, el fiduciante tiene contra el fiduciario una *actio fiduciae* la cual primeramente se apoya en la *fides* (deber de cumplir lo ofrecido, vinculación a la palabra empeñada), en el derecho clásico pertenece a los *bonae fidei iudicia* y entra así en el ámbito propio del *ius civile*. Además, por la *fides*, el acreedor viene obligado a comportarse con la cosa como simple fiduciario, conservándola y absteniéndose de enajenarla o gravarla. La condena como consecuencia del ejercicio de la *actio fiduciae*, como ya se ha dicho anteriormente, lleva aparejada la nota de infamia.

La fiducia desaparece al final de la época clásica y en las fuentes justinianeas, como se ha tenido ocasión de ver, no se la menciona.

e) *Sociedad y actio pro socii*.

La idea de un enlace histórico entre el contrato consensual de sociedad y el antiguo *consortium* familiar puede decirse que ha sido siempre una opinión común entre los romanistas que se han ocupado de indagar el origen histórico de la sociedad consensual romana; en gran medida había influido sobre ellos la teoría de Wieacker⁷⁴ acerca de la derivación del contrato de sociedad respecto del *consortium erecto non cito*. Sin embargo, en fechas posteriores, Guarino⁷⁵ y más tarde Kaser⁷⁶ (aunque con algunas divergencias respecto al autor anterior) se han manifestado en sus escritos contrarios a la citada opinión.

Después del análisis de una serie de puntos que, en cierto modo, se habían implicado en la derivación de la sociedad respecto al *consortium*, como

⁷² Otro tipo de garantía es la que tiene lugar por medio de fiadores; al revés de lo que ocurre en la actualidad, el crédito personal con fiadores fue en Roma preferido al crédito real.

⁷³ Además de la *fiducia cum creditore* se refieren las fuentes a la *fiducia cum amico*; *fiducia manumissionis causa*; *fiducia remancipationis causa*, entre otras.

⁷⁴ WIEACKER, F., *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimer, 1936; del mismo modo, en «Das Gesellschafterverhältnis des Klassischen Rechts», ZSS, 69 (1952), pp. 302-344.

⁷⁵ Entre sus escritos, en *Societas consensu contracta* (1972).

⁷⁶ KASER, M., «Neue Literatur zur societates», en *SDHI*, 41 (1975), pp. 278-338.

ya se ha dicho, «cabe admitir que una derivación directa del contrato de sociedad respecto al *consortium* no puede probarse con claridad [...] y que ese contrato surgió independientemente, en relación con los otros contratos consensuales, y estimulado especialmente por las nuevas necesidades de una economía mercantilista»⁷⁷.

De manera que cuando se constituye libremente la sociedad privada consiste en la creación de una comunidad de derechos sobre la base de un convenio de confianza libremente acordado por los socios (sociedad contractual). Ese vínculo de confianza entre los socios⁷⁸, no es transmisible y cesa tan pronto como cesa la confianza entre ellos.

La acción derivada del contrato de sociedad es la *actio pro socio*, tenía el carácter de *iudicium bonae fidei*, y la condena como consecuencia de la citada acción tenía efecto infamante por dolo, como también se ha tenido ocasión de ver en las fuentes a las que nos hemos referido ya anteriormente. De esta manera cesa la confianza, entre otras cosas, por el ejercicio de la citada *actio pro socio*.

El quebrantamiento de la *fides* se recoge en una constitución que está recogida en C.2,11(12),22⁷⁹, donde se refiere a los que son demandados por la acción de sociedad por romper con la fidelidad exigida.

f) *El mandato y la actio mandati*.

Hay que destacar, en primer lugar, que la *actio mandati*, con su fórmula *ex fide bona*, puede utilizarse tanto por el mandante que encargó una gestión y le puede exigir al mandatario que le rinda cuentas, como por el mandatario para exigir al mandante la indemnización por los gastos y perjuicios que le haya ocasionado la gestión encomendada. La condena tenía efecto infamante si era por dolo⁸⁰ y, como se ha tenido ocasión de ver en las fuentes, solamente producía tal efecto la *actio mandati directa* a favor del mandante.

⁷⁷ Véase, D'ORS, A., «*Societas y consortium*», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 1977. Vol. II, p. 43. Ahora bien, «el hecho de que sirviera también para flexibilizar el régimen del *consortium* mediante una nueva forma de *societas omnium bonorum* en la que los socios participaban por cuotas y no ya solidariamente en la copropiedad, parece indicar que esa utilización del nuevo contrato, tuvo suficiente importancia para que algunos principios del antiguo *consortium* influyeran en la configuración jurisprudencial de su régimen», *ibidem*, p. 43.

⁷⁸ Véase, el texto de Ulpiano, perteneciente al libro 31 *ad edictum*, en D. 17,2,63, pr., donde dice lo siguiente: *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere, hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*.

⁷⁹ Se trata de la constitución contenida en C.2,11(12), 22, del año 294.

⁸⁰ Considera la doctrina romanística que la máxima fundamental en la que se inspira la compilación justiniana no corresponde al pensamiento de la jurisprudencia clásica, ya que operaba en la mayor parte de los casos sólo con el concepto de dolo.

En el Derecho clásico el mandatario, en su gestión, sólo respondía del dolo, según puede leerse en un texto de Modestino en Coll. 10,2,3 en el que se dice: *In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur*. Como el *dolus* es *malus*, en su acepción en el ámbito de las obligaciones, la *fides*, que es lo contrario del dolo, es *bona*⁸¹.

La doctrina se encuentra dubitativa acerca del momento en el que la idea de la responsabilidad por culpa se había abierto paso; mientras muchos estudiosos consideran que tuvo lugar en la época postclásica ya avanzada, en cambio, Mitteis⁸² opina que ya en tiempo de Diocleciano estaba vigente el nuevo criterio de responsabilidad.

En el Derecho justiniano se le hace responsable de toda culpa, como puede verse en D. 50,17,23⁸³, entre otros textos. En caso de condena, dado que ella implicaba el haberse hecho el mandatario culpable de una deslealtad, recaía sobre él la nota infamante si era por dolo⁸⁴.

3. LAS SIETE PARTIDAS⁸⁵.

Después del análisis de los textos pertenecientes a la época romana que tienen relación con algunos supuestos de relaciones jurídicas de carácter privado y el ejercicio de las acciones que en tales casos conlleva la nota de infamia, nos vamos a referir seguidamente a este tipo de relaciones jurídicas que están asimismo contempladas en el texto legal de las Siete Partidas de la época medieval.

⁸¹ Véase ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in Diritto romano*, Napoli, 1949, pp. 195-196.

⁸² MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908, p. 327, n. 41.

⁸³ Contiene un texto de Ulpiano correspondiente al libro 29 *ad Sabinum*, en el que se refiere a la responsabilidad del mandatario por dolo y culpa, ahora bien, se duda de que sean clásicos los textos que hacen referencia a la responsabilidad por culpa del depositario, sobre el particular, KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro (Barcelona, 1965), p. 323; También D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 527.

⁸⁴ Como se ha tenido ocasión de ver en el texto del Edicto en D. 3,2,1. La *actio mandati*, como acción de buena fe puede servir para exigir la responsabilidad por culpa. Ahora bien, en la época postclásica algunos textos hacen referencia sólo a la responsabilidad por dolo, así, en Collatio 10,2,3 (*Modestinus libro differentiarum secundo*), se puede leer lo siguiente: *In mandati uero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur*.

⁸⁵ Entiende PÉREZ MARTÍN, A., «La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas», en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 3 (1992), p. 48, que las Partidas «teóricamente mantuvieron el rango de derecho supletorio del derecho real hasta la codificación. Pero en la práctica el papel de las Partidas fue mucho más eficaz que el del simple derecho supletorio, siendo frecuentemente aplicadas y estudiadas con preferencia al derecho real y convirtiéndose en el instrumento principal de la unificación del derecho castellano y en la vía fundamental de penetración del Derecho común».

Consideran los autores que puede darse por sólidamente probada la influencia de las fuentes romanas en la elaboración de las Partidas⁸⁶ y ello justifica las alusiones que se van a hacer en las siguientes líneas al mencionado texto legal.

Precisamente, en el texto legal alfonsino, la Partida 7, Título 6, lleva la siguiente rúbrica: *De los enfamados*; no obstante, en otras sedes del citado texto legal se encuentran asimismo frecuentes menciones a la infamia.

En primer lugar, conviene destacar que el citado texto legal encabeza con frecuencia los títulos exponiendo definiciones jurídicas⁸⁷ sobre las materias que va a tratar a continuación y concretamente en la citada P. 7,6 establece lo siguiente: *Disfamados son algunos omes, por otros yerros que fazen, que non son tan grandes como los de las trayciones, e de los aleues[...]*.

Además, los diversos supuestos de infamia a los que se refiere el texto legal pueden agruparse en *infamia facti* e *infamia iuris*; según podemos leer en la disposición contenida en P. 7,6,1⁸⁸, *in fine*, donde dispone lo siguiente: *[...] En son dos maneras de enfamamiento. La vna es, que nasce del fecho tan solamente. E la otra, que nasce de la ley, que los da por enfamados por los fechos que fazen.*

Al igual que hemos visto en las fuentes de la época romana, del mismo modo el texto alfonsino presenta numerosos supuestos de infamia que se pueden resumir en una serie de grupos, como son los siguientes: supuestos de *infamia facti*, de *infamia iuris ex genere delicti*⁸⁹, de *infamia per sententiam* y de *infamia ex genere poenae*.

Más concretamente, en P. 7,6,2, se refiere a supuestos de *infamia facti*⁹⁰; en cuanto a la *infamia iuris*, la mayor parte de los supuestos se encuentran recogidos en las disposiciones 3⁹¹ y 4⁹² de la citada Partida 7, Título 6. Por

⁸⁶ Entre otros, véase, PÉREZ MARTÍN, A., «Fuentes romanas en las Partidas», en *Glosasae. Revista de Historia del Derecho*, 4, Murcia, 1992, p. 245. Realiza el autor un análisis de la literatura acerca de las fuentes romanas en las Partidas y estima que en el estado actual de nuestros conocimientos se puede dar por sólidamente probada la influencia de las fuentes romanas en la elaboración de las Partidas.

⁸⁷ Para una comparación entre las definiciones contenidas en las Partidas y las que contienen las Instituciones de Justiniano y el Digesto del citado emperador, puede verse la obra de ZURITA, R., *Textos de definiciones romanas y de Partidas*, Madrid, 1973.

⁸⁸ En P. 7,6,1, tiene la siguiente rúbrica: *Que cosa es fama: e que quiere decir enfamamiento: e quantas maneras son del.*

⁸⁹ Los supuestos comprendidos en este grupo se hallan recogidos en diferentes sedes del texto alfonsino.

⁹⁰ Cf. la P. 7,6,2: *Del enfamamiento que nasce de fecho.*

⁹¹ En la disposición 3 se mencionan: el adulterio de la mujer; no respetar el año de luto y contraer nuevo matrimonio dentro de ese plazo y algún otro caso.

⁹² En la P.7,6,4, se refiere a una serie de supuestos: *lenocinio; juglares y remedadores; gladiadores; caballeros expulsados del ejército por cometer yerros; son asimismo con-*

otro lado, la infamia *per sententiam*, surge como consecuencia de algún delito o conducta fijada por la ley como jurídicamente infamante y están mencionados en P. 7,6,5, donde se establece lo siguiente: *Por quales yerros son los omes enfamados, si sentencia fuere dada contra ellos*: y menciona, entre otros, el crimen de traycion, o de falsedad, adulterio, furto, robo. Además, uno de los aspectos a destacar es que para que se produzca la infamia es necesario que la sentencia sea «*dada contra otro por alguno de los Judgadores ordinarios*».

Por nuestra parte, nos vamos a centrar en los supuestos de infamia *per sententiam*. De esta manera, en la misma disposición citada (P.7,6,5), después de los supuestos anteriores, se refiere a determinadas relaciones contractuales en los siguientes términos: [...] *Otrosí dezimos que aquel que es condenado que peche algo a su compañero, o al huerfano que ouiesse tenido en guarda, o aquel que lo fiziera su personero, o aquel de quien ouiesse rescibido alguna cosa en guarda por razón de engaño que ouiesse fecho, qualquier dellos es enfamado por ende; pero si tal sentencia fuesse dada por alguno de los juezes de auenencia estonce non seria infamado aquel contra quien la diessen* [...]

El primer supuesto que se puede observar en el texto: *aquel que es condenado que peche algo a su compañero*, tiene relación con la constitución de compañías entre varios socios. Recae la nota de infamia sobre el socio que actúa de forma dolosa y es condenado por semejante conducta. Precisamente, a la constitución de compañías dedica la ley el Título 10, Partida 5 con la siguiente rúbrica: *De las compañías que fazen los mercaderos, e los otros omes entre si para poder ganar algo mas de ligero ayuntando su auer en vno*. Y concretamente, en P. 5,10,7 se refiere al reparto de las ganancias y las pérdidas entre los compañeros (socios) y dice a continuación [...] *Fueras ende, si los daños e los menoscabos, acaesciessen por culpa, o por engaño de alguno de los compañeros: ca estonce, tan solamente a aquel pertenece: e non a los otros*.

Se ha de destacar, en primer lugar, que en ninguna disposición de la citada sede (P. 5,10), se menciona la infamia del compañero que formando parte de una compañía libremente constituida es condenado por su actuación, no obstante, hay que tener en cuenta lo que viene dispuesto en la Partida 7,6,5, mencionada anteriormente, donde sí hace mención expresa a la infamia del socio condenado.

Otro supuesto al que hace alusión la citada disposición tiene relación con la tutela y el tutor que actúa de forma dolosa. La Sexta Partida dedica los cuatro últimos Títulos (Títulos XVI-XIX) a regular diversos aspectos rela-

siderados infames los usureros, e todos aquellos que quebrantan el pleito, o postura que ouiesen jurado de guardar: E todos los que hacen pecado contra natura. Ca por qualquier destas razones sobredichas es el ome enfamado tan solamente por el fecho, maguer non sea dada contra el sentencia: porque la ley o el derecho los enfama.

cionados con la tutela y los huérfanos: en qué consiste la guarda, clases de tutela, razones para excusarse del cargo de tutor, razones por las que puede ser cesado de su cargo, etc.

Más concretamente, la nota de infamia que recae sobre el tutor que ejerce su cargo con dolo es contemplada en el texto medieval en el Título XVIII que lleva la rúbrica: *De las razones porque deuen ser sacados los huerfanos e sus bienes de mano de sus guardadores por razón de sospecha que ayvan contra ellos*.

En las fuentes romanas se han visto los criterios de responsabilidad que se exigen al tutor. Por lo tanto, el tutor que ejerce su cargo y es condenado por sentencia habiendo actuado de forma dolosa recae sobre él la nota de infamia. No se produce el efecto citado si se le condena solamente por culpa⁹³. Pues bien, el texto medieval al que nos estamos refiriendo establece los mismos criterios de responsabilidad.

De esta manera, si el tutor es condenado en una sentencia por actuación dolosa, según la disposición contenida en P. 6,18,4⁹⁴, el tutor *finca enfamado, por ende, por siempre e due pechar el daño que fizo al huerfano*[...]. No recae la nota de infamia si el tutor actúa de forma negligente, según dice la disposición citada: *Mas porque fuesse ome perezoso, o de mal recabdo, estonce non seria por ende enfamado* [...]. Los mismos criterios de responsabilidad tienen lugar cuando se trata del *curator*, como puede verse en la mencionada norma⁹⁵.

Otro de los supuestos a los que se hace alusión en la ley contenida en la P. 7,6,5, citada anteriormente, tiene relación con los *personeros*, cuando dice: *o aquel que lo fiziera su personero*. Si recae sentencia condenatoria el *personero* resulta *enfamado*. Hace alusión a ellos en la P. 3, Título 5, bajo la rúbrica: *De los personeros*. En el citado Título se refiere a qué es *personero*, quiénes pueden serlo y quiénes no, sus facultades, cuándo cesan, revocación de poderes, etc.

⁹³ En el período clásico tardío la culpa es mencionada expresamente al lado del dolo en la citada *actio tutelae*.

⁹⁴ El contenido completo de la disposición contenida en P. 6,18,4, que lleva la rúbrica, *Que pena merescen los guardadores de los huerfanos, si fallaren que fizieran algund menoscabo en los bienes dellos*, se expresa a continuación de la siguiente manera: *Tollido seyendo el guardador del huerfano de la guarda del huerfano por sospechoso, por algun engaño, que le ouiesse fecho en sus bienes: dezimos, que finca enfamado por ende por siempre, e due pechar el daño que fizo al huerfano, segund aluedrio del juzgado. Mas si fuesse remouidode la guarda non porengaño que ouiesse fecho a sabiendas, mas poque fuesse ome perezoso, o de mal recabdo, estonce non seria por ende enfamado*[...]

⁹⁵ En P.6,18,4, *in fine*, dispone: *que todas aquellas razones e sospechas, que diximos en estas leyes, que han lugar en el guardador del pupilo: esas mismas deuen ser guardadas en el otro guardador, que es dado a los menores de veynte e cinco años, e mayores de catorze, a que dizen curator*.

En la primera disposición, concretamente, en P. 3,5,1, dispone: *Que cosa es personero, e que quier decir* y seguidamente dice que *personero es aquel que, recabda, o faze algunos pleitos, o cosas ajenas, por mandado del dueño dellas. E ha nome personero, porque paresce, o esta en juyzio, o fuera del, en lugar de la persona de otri.*

Una cuestión a destacar es que la mayor parte de las disposiciones del citado Título 5, tienen relación con diversos aspectos en los que se hace alusión a los juicios. A la responsabilidad del *personero* se refiere la disposición 26⁹⁶ en la que se exige responsabilidad tanto por culpa así como por conducta dolosa, sin mencionar en ella el efecto de la infamia.

Finalmente, otro de los supuestos a los que se refiere la ley mencionada es el del depositario infiel; el depósito implica la entrega de una cosa para su guarda y custodia. Las Partidas se refieren a la institución en P. 5,3, con la siguiente rúbrica: *De los condesijos, a que dizen en latin depositum*. Precisamente la no devolución de la cosa entregada al depositario conlleva la nota de infamia, según se dispone en P.5,3,8⁹⁷: *Como deue ser tornado el condesijo que ome faze en tiempo de cuyta o en otra manera, e que pena deue euer el que lo negare si le fuere prouado.*

Por lo que respecta a las consecuencias de la infamia en el texto medieval al que nos estamos refiriendo, podemos verlas en la disposición contenida en P. 7,6,7⁹⁸, que lleva la siguiente rúbrica: *Que fuerça ha el enfamamiento, y se va a referir a la pérdida de dignidad, honra, etc. del enfamado. E demás dezimos que ninguno de los enfamados non pueden ser juzgador ni consejero de rey nin de comun de algún consejo, nin bozero nin deue morar nin fazer vida en corte de buen señor [...]*, según el texto citado. En cambio, sí puede desempeñar algunas tareas, como mandatario, o ejercer la tutela si se trata de una tutela testamentaria, y ser *juezes de auenencia*⁹⁹.

⁹⁶ P. 3,5,26: *Como los personeros son tenudos de pechar al dueño del pleito, lo que por su culpa o por su engaño perdiera, o menoscabare.*

⁹⁷ Enresacamos de la disposición contenida en P. 5,3,8 lo siguiente: [...] *Mas aquel que niega, que non rescibio los condesijos que son dados en algunas de las otras maneras: de que fizimos emiente, en la segunda ley deste titulo si le fuere prouado en juicio, valdra menos por ende, e será enfamado, e deue tornar el condesijo, o la estimación con las costas, e los daños, e los menoscabos que ouiere fecho el otro, por esta razón.*

⁹⁸ La disposición contenida en P. 7,6,7, lleva la rúbrica: *Que fuerça ha el enfamamiento* y a continuación dice lo siguiente: *Infamis en latin tanto quiere decir en romanze como ome enfamado: e tan grande fuerça ha el enfamamiento que estos atales non pueden ganar de nuevo ninguna dignidad, nin honra de aquellas para que deuen ser escogidos omes de buena fama, e aun las que auían ganado ante, deuenlas perder luego que fueren prouados por tales. E demás dezimos que ninguno de los enfamados non pueden ser juzgador ni consejero de rey nin de comun de algún consejo, nin bozero nin deue morar nin fazer vida en corte de buen señor [...]*

⁹⁹ *Ibidem.*

Por otro lado, hay que destacar asimismo que los infames no pueden ser acusadores, según leemos en P. 7,1,2¹⁰⁰, donde se menciona una serie de personas que no pueden acusar a otro y, entre otros, se refiere a *aquel que es dado por de mala fama*.

Finalmente, es necesario surayar que el texto alfonsino se refiere a las razones por las que se pierde la mala fama. Es en la P. 7,6,6: *Porque razones pierde el ome enfamamiento [...]. Otrosi dezimos que quando sentencia fuesse dada contra alguno por razón de yerro de que fincasse enfamado si se alcasse della, e fuese reuocada, perdería el enfamamiento que ouiesse ganado por la sentencia primera. Mas si se alçasse, e non siguiesse el alçado, o la siguiesse, e fuesse confirmado el juicio que auian dado contra el, es- tonce fincaría enfamado por ende.*

TITLE: Some issues on infamy and its legal consequences in Roman and Medieval law.

RESUMEN: En las siguientes líneas, se hace mención, en primer lugar, a la infamia que supone, entre otras cosas, una pérdida del buen nombre y reputación que un hombre tiene entre los demás con quienes vive. Las fuentes pertenecientes a diferentes etapas históricas presentan numerosos supuestos en los que la persona que ha realizado determinados hechos es tachada de infame. No obstante, por nuestra parte, nos centramos fundamentalmente en aquéllos que tienen relación con determinadas relaciones jurídicas privadas en las que el condenado en una sentencia ha sido, además, tachado de infame y para ello se analizan las fuentes romanas y, en menor medida, también las visigodas. Finalmente, nos referimos a las disposiciones pertenecientes al texto legal de las Siete Partidas en las que se regulan los citados supuestos relativos a la infamia.

PALABRAS CLAVE: infamia; infamia per sententiam; fuentes romanas; ley visigoda; texto de las Siete Partidas.

ABSTRACT: In the following lines we mention, in the first place, the infamy that implies, amongst other things, the loss of the reputation that a man has in his social environment. Sources belonging to different historical periods show many cases in which a person that has committed certain bad deeds is considered as infame. However, in our study, we will focus mainly in those cases having to do with certain private legal relations in which a person convicted in a sentence is, in addition, declared infame and with this purpose we analyse Roman sources and, to a lesser extent, Visigothic sources. Finally we refer to the provisions belonging to the legal text of the "Siete Partidas" which regulate the mentioned cases of infamy.

KEY WORDS: infamy; infamy per sententiam; Roman sources; Visigothic law; text of the "Siete Partidas".

Recibido: 12.11.2012
Aceptado: 18.01.2013

¹⁰⁰ P. 7,1,2: *Quien puede acusar: e a quien.*

LOS RETOS DE LA DEMOCRACIA: LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO COMPLEMENTO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Alfredo Ramírez Nárdiz

Profesor doctor de Derecho constitucional
Universidad Católica San Antonio de Murcia

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Orígenes históricos. 3. La democracia participativa. 4. Diferenciación terminológica y conceptual. 5. Democracia participativa y democracia representativa. 6. Instrumentos de la democracia participativa. 7. Estado de la democracia participativa en los distintos ámbitos territoriales: la importancia del ámbito local. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad la Democracia Participativa es uno de los más destacados campos de desarrollo del Derecho, la política y la administración. Uno de los ámbitos en los que la Democracia en mayor medida demuestra que es un sistema político vivo, que se desarrolla y que se transforma, que está en continuo cambio y que, ni mucho menos, ni en la teoría ni en la práctica, se encuentra definitivamente terminado o amortizado. Sin embargo, debido precisamente a su carácter actual y esencialmente moderno, la Democracia Participativa es también una de las áreas más desconocidas del todo que es la Democracia. Su cada vez mayor práctica por parte de las administraciones públicas, especialmente en el ámbito local o municipal, no la ha hecho más y mejor conocida, al contrario, en no pocos casos ha generado confusión y dudas sobre qué es y como utilizarla. Son muchos, cada vez más, los artículos, seminarios y actividades, tanto prácticas como teóricas, que se realizan para estudiar qué es la Democracia Participativa, en qué consiste, cómo se desarrolla, cuáles son sus consecuencias y, lo más importante, cuál es su futuro, a dónde nos lleva a los ciudadanos que, nos guste o no, seamos siquiera conscientes de su existencia o no, nos vemos envueltos cada día en mayor medida en ella y en los instrumentos y mecanismos jurídicos en los que se materializa. En las presentes líneas se pretende realizar un acercamiento a la Democracia Participativa. Esto es, al conjunto de elementos que componen tanto la presente teoría jurídica como la práctica política de la Democracia Participativa. Conocer su origen histórico, su aparición en nuestros tiempos, su situación actual, sus relaciones con la Democracia Representativa, diferenciarla de otros conceptos con los que habitualmente se la relaciona, exponer los instrumentos jurídicos que esencialmente la componen y hacer una breve referencia a su más probable desarrollo futuro. Las páginas siguientes

han de ser entendidas, por tanto, como una introducción general al concepto de la Democracia Participativa.

2. ORÍGENES HISTÓRICOS.

Si la Democracia Participativa ha de tener un origen histórico remoto, éste se encuentra en la Democracia Directa ateniense. Es en la Grecia clásica y, en particular, en la ciudad de Atenas en los tiempos de Pericles, cuando surge la idea del gobierno de los ciudadanos por los propios ciudadanos.¹ Comunidad política reunida en la Asamblea, que decidía sobre las diversas cuestiones que componían la vida de la ciudad y que tomaba las decisiones mediante el sistema de voto individual y triunfo de la mayoría. El modelo ateniense no era, sin embargo, una Democracia Directa tan pura como se tiende a pensar. Esto es, no había una relación plenamente directa entre el voto del ciudadano en la Asamblea y la decisión política final sin ningún tipo de intermediario, ni representante. Muy al contrario, aunque sí es cierto que la decisión final la tomaba el conjunto de la comunidad reunida en la Asamblea, hasta llegar al momento de tomar dicha decisión entraban en juego no pocos órganos intermedios de carácter representativo que trataban de racionalizar el proceso de toma de decisiones políticas y permitir en la práctica el gobierno directo que la Asamblea ejercía.² La Democracia Directa ateniense, aun e introducir un elemento esencialmente novedoso y que por necesidad goza de una importante carga positiva desde la perspectiva actual como es la toma de decisiones mediante el voto igualitario de los ciudadanos, se caracterizaba por una serie de elementos que no la hacen homologable, ni siquiera deseable, en el presente, destacando entre ellos el hecho de que los únicos que podían votar eran los ciudadanos atenienses libres de sexo masculino. Esto es, estaban excluidos del derecho de sufragio tanto las mujeres, como los esclavos, como los extranjeros o *metecos* (entre

¹ ARISTÓTELES comenta que «en tiempos de Pericles el estado se hizo más democrático aun (...) así, el pueblo se atrevió a intervenir por sí mismo en todos los ámbitos de gobierno (...)» ARISTÓTELES, *Constitución de los atenienses*, 27, 1, en DAVIES, J. K. *La democracia y la Grecia Clásica*, Taurus, Madrid, 1981, p. 58.

² Por citar algunos de estos órganos intermedios que racionalizaban el proceso decisorio quepa citar al Consejo o Senado llamado Bulé y cuya función era estudiar los proyectos de ley de forma anticipada emitiendo un informe que presentaba a la Asamblea; o los arcontes temotestas, que controlaban la legislación, intervenían de forma preventiva en la función legislativa, revisaban las leyes y determinaban si existía algún tipo de contradicción entre ellas y, en la información preliminar del procedimiento, hacían referencia a las posibles innovaciones inútiles o peligrosas y proponían supresiones, adiciones y enmiendas pudiendo llegar a paralizar un proyecto de ley. RAMÍREZ NARDIZ, A. *Democracia Participativa. La Democracia Participativa como profundización en la Democracia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 25-27.

los cuales, paradójicamente, se encontraban la mayoría de los sofistas, es decir, de los maestros de la clase dirigente ateniense).³

En la práctica, la Asamblea ateniense estaba formada por no más de 5.000 hombres libres que decidían por el conjunto de la comunidad sin tener en cuenta ni a las mujeres, ni a los esclavos. De hecho, era en gran medida la existencia de la esclavitud la que permitía la Democracia Directa al liberar de cargas laborales a los ciudadanos atenienses y, gracias a ello, darles tiempo que dedicar a actividades como la filosofía y la política. Esta paradoja entre una sociedad que introducía uno de los elementos básicos que componen el actual concepto de la Democracia, cual era la toma de decisiones mediante el sistema de mayorías surgidas del voto individual de los ciudadanos, pero que negaba el derecho de igualdad y que, en general, priorizaba la voluntad de la Asamblea sobre cualquier otra variable como la de los derechos individuales de los propios ciudadanos (como muestra el famoso ejemplo del juicio y condena de Sócrates) ha llevado a no pocos autores a posicionarse como ya hiciera en el siglo XIX Constant, quien diferenciara entre la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos” (donde la de los antiguos implica el poder máximo de las decisiones de la mayoría sobre cualquier otro elemento y la de los modernos —es decir, la que comienza con las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII— somete dicho poder de la mayoría a una serie de elementos —derechos individuales, división de poderes, Estado de Derecho, etc.— que ejercen de contrapeso y limitan la decisión de la mayoría) eligiendo claramente la de los modernos y no deseando de ninguna de las maneras la de los antiguos.⁴

El modelo de Democracia Directa ateniense encuentra su sucesor histórico en la Roma republicana y en las instituciones de los comicios y los plebiscitos.⁵ El modelo romano no es ya, sin embargo, como el ateniense y la participación directa de los ciudadanos en la toma de las decisiones es mucho más reducida y limitada. Además, la República Romana, momento histórico en el que se desarrollarían las prácticas participativas, evolucionaría hacia el Imperio y con él la participación ciudadana se iría reduciendo progresivamente hasta resultar meramente anecdótica. Si el periodo histórico romano es de destacar es porque en él aparece el que con el paso de los siglos habría de ser el otro gran pilar de la Democracia tal y como se entiende en el presente: la igualdad. La igualdad⁶ de todos los seres huma-

³ VIDAL-NAQUET, P. *La democracia griega, una nueva visión*, Akal Universitaria, Madrid, 1992, pp. 46-56.

⁴ CONSTANT, B. «De la libertad de los Antiguos comparada con la de los Modernos», *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285.

⁵ DAZA MARTÍNEZ, J. *Iniciación al estudio histórico del Derecho romano*, Universidad Complutense, Madrid, 1997, pp. 83-86.

⁶ Como indica MANIN, «la concepción moderna del Derecho Natural se basa en la idea de que todos los seres humanos comparten un elemento esencial de igualdad, ya se

nos con independencia de sus circunstancias personales surge dentro del pensamiento cristiano, el cual aparece en tiempos del Imperio Romano y se extiende por todo el territorio del Imperio hasta acabar convirtiéndose en la religión oficial del mismo.⁷

La participación ciudadana directa, junto con todo el pensamiento político greco-romano, pasa a un estado de latencia conforme avanza el Imperio y durante la Alta Edad Media para apenas mostrar algunos ejemplos puntuales de desarrollo y práctica en la Baja Edad Media (caso de algunas ciudades-estado italianas) y volver progresivamente a la actualidad teórica a lo largo del Renacimiento y, especialmente, del Barroco. En el siglo XVII aparecen tanto pensadores políticos como movimientos sociales (ejemplo de los cuales son los *levellers* –niveladores– y *diggers* –cavadores– en Inglaterra) que retoman la idea de la moderación del poder absoluto del monarca y teorizan sobre los modelos políticos más adecuados, así como sobre la necesaria protección de las libertades y derechos de los individuos frente al poder del Estado. Esta evolución teórica daría lugar a la revolución liberal inglesa de finales del siglo XVII y continuaría y se potenciaría a lo largo del siglo XVIII con los ilustrados franceses y con la figura peculiar y personal de Rousseau, quien (como buen heredero de la tradición participativa local de su Suiza natal) sería el autor que con más fuerza y decisión abogaría por el gobierno directo de los ciudadanos que, como titulares de la soberanía, serían los llamados a ejercerla personalmente⁸, reunidos en asamblea y sin necesidad de representantes⁹. El pensamiento ilustrado cristaliza en las re-

denomine voluntad, razón o conciencia.» MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*, traducción de FERNANDO VALLESPÍN, Alianza, Madrid, 1998, p. 194.

⁷ SCHUMPETER comenta que «(...) tomemos la igualdad. Su significado preciso permanece dudoso y apenas hay justificación racional para exaltarla como postulado en tanto que nos movemos en la esfera del análisis empírico. Pero la Cristiandad alberga un fuerte elemento igualitario. El Redentor murió por todos; Él no hizo diferencias entre los individuos de los distintos status sociales. Al obrar así atestiguó el valor intrínseco del alma individual, un valor que no admite gradaciones. ¿No es esto una sanción –y, a mi parecer, la única sanción posible– de la fórmula cada uno cuenta como uno, nadie cuenta como más de uno (...)?» SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 339-340.

⁸ «Digo pues, que, no siendo la soberanía otra cosa que el ejercicio de la voluntad general, no puede ser enajenada, y que el Soberano, ser colectivo y nada más, sólo puede ser representado por sí mismo.» ROUSSEAU, J. J. *El contrato social*, libro II, cap I, Alba, Madrid, 1996, pp. 43-44.

⁹ La crítica al pensamiento rousseauiano es bien conocida y radica en la necesaria diferenciación entre poder constituyente y poder constituido de la que carece el modelo del ginebrino. Como indica ARAGÓN REYES «el Estado constitucional (...) optó (...) por la democracia representativa. Y esta opción no se basaba principalmente en razones utilitarias o, si se quiere, de eficacia (...) sino, sobre todo, en razones de coherencia teórica con el tipo de forma política que se adoptaba, basada en una Constitución que garantizase que

voluciones liberales de los EEUU primero y de Francia posteriormente y se extiende por toda Europa y América a lo largo del siglo XIX. A su vez, el pensamiento de Rousseau se convierte en punto de partida y substrato desde el cual los sucesivos movimientos demócratas primero y socialistas, comunistas y anarquistas después se inspirarán durante la segunda mitad del siglo XIX en sus demandas de mayores derechos sociales, de sufragio universal o, incluso, de cambio de modelo desde el Estado liberal al Estado socialista.

El final del siglo XIX y el principio del siglo XX vive el conflicto entre las ideas liberales desarrolladas e implantadas durante el XIX y las ideas demócratas y socialistas que con gran fuerza se habían manifestado en momentos puntuales (Comuna de París en 1870) pero que en ningún momento llegaron a alcanzar el poder de una manera continuada. Terminada la Primera Guerra Mundial, y ante el advenimiento de la Unión Soviética como modelo político-económico alternativo, surge en Europa una nueva generación de constituciones que, a modo de intento de establecer un punto de encuentro entre las distintas sensibilidades sociales, constitucionalizan los derechos sociales y recogen toda una serie de instrumentos de participación directa de los ciudadanos en la vida política y en la toma de decisiones, tales como el referendo o la iniciativa popular. Este conjunto de constituciones, entre las cuales aparece la española de 1931, tuvo como más destacado ejemplo la Constitución alemana de Weimar de 1919. Este periodo de entreguerras y la regulación jurídica que entonces se hizo de la participación directa es el antecedente histórico inmediato de la actual Democracia Participativa.¹⁰

3. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

En los años sesenta y primeros setenta del siglo XX se produce una evolución generalizada de la sociedad occidental. Diversos movimientos políti-

la soberanía perteneciese a la nación y, por lo mismo, que el poder político institucionalizado en el Estado había de ser limitado y nunca absoluto. Ello exigía la distinción entre poder constituyente y poder constituido, lo que se hacía imposible si los dos estuviesen materialmente confundidos. De ahí el fracaso de la democracia rousseauiana que basaba todo el ejercicio del poder en una sola fuente: la voluntad popular, única instancia capaz de expresar la voluntad general.» ARAGÓN REYES, M. «Democracia y Parlamento», *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 37, Generalitat de Catalunya, Escola d'administració pública de Catalunya, 2008, p. 130.

¹⁰ Jurista esencial de este periodo y de toda la teoría constitucional del mismo es KELSEN, el cual concebía los instrumentos participativos como un mecanismo para fortalecer la Democracia Representativa y el parlamentarismo. Este fortalecimiento, en una época turbulenta en la que los radicalismos de uno y otro extremo eran cada vez más fuertes, era el verdadero objetivo de toda reforma política y, entre ellas, de la introducción en los textos constitucionales de mecanismos jurídicos que permitían la intervención directa del ciudadano en la vida política. Intervención que debía entenderse como una forma de hacer a dicho ciudadano comprometerse más intensamente con la democracia. En esta dirección señala IGNACIO DE OTTO cuando sobre KELSEN afirma que «aunque KELSEN pro-

cos, religiosos y sociales se superponen con la voluntad de cambiar el estado de cosas anterior y dotar a la sociedad de una nueva configuración en la que el número y profundidad de los derechos de los ciudadanos aumente y se desarrolle. Estas peticiones de cambio proceden de un número tan diverso y plural de ámbitos que se puede hablar de un deseo generalizado de cambio. Ya sea desde la esfera política (descolonización, derechos sociales, derechos civiles para minorías raciales y étnicas, reformulación de la izquierda), como desde la religiosa (Concilio Vaticano II), como desde la social (movimientos feministas, pacifistas, *hippies*), como desde la económica (sociedad postindustrial), el número de voces reclamando cambios y una nueva perspectiva y concepción de la sociedad son multitud.¹¹ Es dentro de este caldo de cultivo y como parte integrante del mismo donde aparece la Democracia Participativa.¹²

La petición de mayores cuotas de participación de los ciudadanos en la vida pública, especialmente de participación directa, no surge súbitamente y por primera vez en un lugar concreto. Como ya se ha indicado, el diálogo participación-representación es constante desde hace siglos (baste, por ejemplo, recurrir a las opiniones de CONDORCET o SIEYÈS para comprobar que en

pugna sistemas de democracia directa, como el referéndum, cuyas posibilidades de uso plebiscitario-autoritario no estaban aun tan claras como hoy, sus propuestas se dirigen a una mayor vinculación del Parlamento con el elector, lo que no es posible sin una activación de éste y, por tanto, sin una prolongación de su actividad política más allá de la acción de depositar su voto en una urna.» OTTO, I. DE, en KELSEN, H. *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Colección Punto Omega, Madrid, 1977.

¹¹ Desde una perspectiva algo más prosaica y bastante más negativa siempre se podría afirmar que el surgimiento de este amalgama de movimientos sociales se encuentra directamente relacionado con el asentamiento más y más fuerte del modelo económico capitalista. Es decir, las peticiones de mayores y más profundos derechos ciudadanos que comienza en los años sesenta y que, en no pocos ámbitos, continúa en la actualidad, no sería más, desde la perspectiva citada, que un conjunto de reclamaciones periféricas que se producen una vez el pilar fundamental de la sociedad —el modelo económico— se da por descontado y no existe ninguna alternativa real al mismo más allá de su propia evolución interna. Dado que el sistema de economía de mercado, eje esencial de la sociedad que determina los intercambios de riqueza y el bienestar material de los ciudadanos, es firme e inamovible, a las “fuerzas del cambio” no les quedaría más remedio que refugiarse en ámbitos “menores” de la convivencia social tales como, por ejemplo, los derechos de las minorías o la concepción de las relaciones familiares. Desde esta perspectiva, todas estas reclamaciones de cambio, sin dejar de ser importantes, no serían más que la prueba palpable de que la sociedad parece dirigirse con firmeza hacia un modelo social y económico único caracterizado por la Democracia Representativa y el modelo productivo capitalista que sólo admite cambios y reformulaciones en su periferia pero nunca en su núcleo esencial.

¹² AGUIAR DE LUQUE, L. Y SÁNCHEZ MORÓN, M. en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. «Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, tomo II, pp. 657-658.

los debates de la Revolución Francesa fue un tema recurrente y polémico¹³). La utilización de mecanismos de participación directa de los ciudadanos en las decisiones políticas se produce en no pocas ocasiones desde finales del siglo XVIII y a lo largo de todo el siglo XIX (casi siempre más como recurso plebiscitario y populista que como verdadera mejora democrática) y la constitucionalización de instrumentos de participación directa es ya algo habitual desde el primer tercio del siglo XX. No obstante, por fijar un punto de partida formal y convencional de la actual doctrina de la Democracia Participativa, cabría citar la Alemania de los últimos años sesenta y primeros setenta del siglo XX. En este marco aparecen teóricos como HABERMAS¹⁴ o DIENEL, se produce jurisprudencia regional solicitando mayores niveles de participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas¹⁵, se idean nuevos mecanismos de participación directa y, progresivamente y debido al desarrollo y evolución de los instrumentos participativos, se percibe y asume que el ámbito natural de la participación directa, donde con mayor fuerza se asienta, donde muestra más innovaciones, donde es más utilizada por las administraciones y más valorada por los ciudadanos, es local. Es en el área formada por las regiones del sur de Alemania (especialmente Baden-Wuttemberg y Baviera), no por casualidad fronterizas con Suiza, allí donde el fenómeno se desarrolla no sólo en la práctica sino también en la teoría y donde toma cuerpo la idea de que la participación ciudadana directa, si bien puede tener cierta relevancia en los ámbitos nacional y regional, donde más

¹³ El pensamiento de CONDORCET y su evolución a lo largo de los años es en sí mismo ejemplo de dicho diálogo participación-representación. CONDORCET parte de defender postulados propios del modelo británico de Democracia Representativa censitaria en tiempos previos a la Revolución Francesa a inclinarse por el sufragio universal y la participación directa conforme la Revolución se desarrolla, para finalmente considerar que lo más adecuado es un modelo esencialmente representativo que permita en su seno elementos de participación directa. CONDORCET, J. M. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, Editorial Nacional. Madrid, 1980, pp. 43-44.

¹⁴ En la obra *Strukturwandel der Öffentlichkeit* HABERMAS plantea una vida pública decadente en la que se disuelve la substancia de la democracia liberal a causa de una combinación de manipulación plebiscitaria y apatía privada donde desaparece la colectividad de los ciudadanos. Sin embargo, HABERMAS no lo da todo por perdido y concibe la posibilidad de una recuperación del ámbito de lo público mediante una democratización de los partidos políticos, la labor de las asociaciones voluntarias y el fortalecimiento de la sociedad civil. HABERMAS, J. *Ensayos políticos*, Ediciones península, Barcelona, 1988, pp. 211-212.

¹⁵ El Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia por sentencia de 28 de septiembre de 1973 exigió al legislador crear nuevas instituciones que ofreciesen a los ciudadanos la sensación de estar más implicados en los asuntos de la colectividad. DIENEL, P.C. y HARMS, H. *Repensar la democracia. Los núcleos de intervención participativa*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 2000, p. 22.

posibilidades tiene (a modo de interesante revisión del pasado ateniense) es en el municipio, en la ciudad.¹⁶

Con el paso de los años, la participación directa se extiende al conjunto de Europa y se desarrolla igualmente en América produciéndose un diálogo en el que ambas orillas del Atlántico toman y dan tanto aportaciones teóricas como prácticas a sus vecinos de más allá del mar. En los EEUU, la participación ciudadana directa en el ámbito de lo local, históricamente muy asentada en la tradición de este país, resurge con fuerza desde los años setenta, si bien no por los mismos motivos que en Europa, sino, por contra, como respuesta o reacción al poder del gobierno federal en la época del presidente Carter.¹⁷ En Iberoamérica el desarrollo de la participación se retrasa hasta los años ochenta, pero es justo allí donde se manifiesta con mayor fuerza y originalidad creando y potenciando mecanismos participativos que con los años se extenderán por todo el mundo. Ejemplo paradigmático de esto son los presupuestos participativos surgidos en Brasil a finales de los ochenta o todo el proceso de reformas constitucionales que apuestan por la participación directa y que tienen su pistoletazo de salida en Colombia en los primeros noventa y se prolongan en Venezuela, Bolivia o Ecuador con el final del siglo XX y el comienzo del siglo XXI.

Es en paralelo a estos cambios cuando aparece el mismo término Democracia Participativa. Es muy complicado, casi imposible, encontrar textos normativos que recojan este término. En la mayoría de las Constituciones o leyes de distinto tipo que regulan la participación directa se hace referencia a la Democracia Directa, a la Democracia Semi-directa, a la Participación Ciudadana, etc. pero no a la Democracia Participativa. El Tribunal Constitucional ha aportado la denominación “Fenómeno Participativo” para referirse a todos los mecanismos que favorecen la participación de los ciudadanos en la vida pública, incluso más allá del ámbito político, y que forman un espectro mucho mayor que el estrictamente propio de la Democracia Directa (curiosamente, Democracia Directa es la terminología usada por el Tribunal Constitucional para, en términos generales, referirse a lo que la doctrina llama actualmente Democracia Participativa).¹⁸

Lo cierto, es que el término Democracia Participativa es de creación y uso esencialmente doctrinal, es decir, académico y de investigación, pero, posiblemente debido a su novedad y a que los otros citados poseen una carga

¹⁶ Ejemplo de esto son los núcleos de intervención participativa, que surgen a principios de los años setenta en Wuppertal (República Federal de Alemania). DIENEL, P. C. Y HARMS, H.D. *op. cit.*, Ediciones del Serbal. Barcelona, 2000, pp. 7 y 83.

¹⁷ FINKIELKRAUT, A. *La nueva derecha norteamericana. La revancha y la utopía*, Anagrama, Barcelona, 1982.

¹⁸ El TC retomó la expresión Fenómeno Participativo en su STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2º. Esta expresión ya la había utilizado en el pasado en sentencias como la STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4º.

política, de uno u otro sentido, más apropiada para citarlos en la legislación, no ha tenido mucha divulgación en los textos normativos. No obstante, doctrinalmente, el término Democracia Participativa es cada vez más unánimemente aceptado como el más adecuado para referirse al conjunto de instrumentos o mecanismos jurídicos que, a través de la participación directa de los ciudadanos en el gobierno de la comunidad, pretenden profundizar en la democracia permitiendo a los ciudadanos tanto tomar parte directamente en la decisión de los asuntos que les conciernen, como aumentar el control que ejercen sobre sus representantes y gobernantes¹⁹.

La Democracia Participativa se materializa en multitud de instrumentos jurídicos que son susceptibles de ser usados para los fines señalados en el párrafo anterior o bien para justo lo contrario. De hecho, este sentido opuesto, al que podría llamarse Democracia Populista o Democracia Plebiscitaria²⁰, es aquel en el que, en su gran mayoría, fueron utilizados los mecanismos participativos en el siglo XIX y en muchos momentos del siglo XX (como así sucedió con los referendos del Franquismo) desprestigiando en no pocos ámbitos la participación directa de los ciudadanos, fomentando corrientes de opinión que parten precisamente de las bondades de una democracia en la que la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos sea lo más reducida posible²¹ y contribuyendo a que en textos constitucionales como el

¹⁹ Aumentar el control, pues con carácter previo a cualquier introducción de instrumentos participativos, el ciudadano ya puede ejercer control sobre sus representantes mediante el instrumento de control por excelencia, cual es el voto en las elecciones. Tal como indica MANIN «la característica más importante de los sistemas representativos, que permite a los votantes influir en las decisiones de sus representantes, es el carácter periódico de las elecciones.» Si bien, este mismo autor ya indica que «se siente intuitivamente que las elecciones periódicas dan a los gobernados cierto control sobre la conducción de los asuntos públicos, pero no está claro por qué esto haya de ser así, dada la ausencia de mandatos imperativos y de promesas electorales vinculantes.» MANIN, B. *op. cit.*, Madrid, 1998.

²⁰ Este término es usado por autores como LISSIDINI para referirse a la forma en que se usa la Democracia Participativa en la actual Venezuela de Hugo Chávez. LISSIDINI, A. *La democracia directa en Venezuela: ¿democracia participativa o democracia plebiscitaria?*, C2D, Zurich, 2008, p. 13.

²¹ Especialmente populares y conocidas son aquí las opiniones de SCHUMPETER cuando indica que la democracia «no significa ni puede significar que el pueblo gobierna efectivamente, en ninguno de los sentidos evidentes de las expresiones pueblo y gobernar (...).» La democracia implica simplemente «que el pueblo tiene la oportunidad de aceptar o rechazar los hombres que han de gobernarle.» Siendo el otro criterio identificador del método democrático «la libre competencia entre los pretendientes al caudillaje por el voto del electorado.» En definitiva, «los electores (...) deben comprender que, una vez que han elegido a un individuo, la acción política le corresponde a él y no a los electores.» SCHUMPETER, J. A. *op. cit.*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 362 y 374.

español de 1978 se regulara la participación directa de los ciudadanos de una forma restrictiva y temerosa.²²

La Democracia Participativa aparece en el presente como una de las más sólidas áreas de desarrollo de la Democracia, centrada cada vez más en el ámbito de lo local y compuesta de una pluralidad de instrumentos jurídicos numerosa, diversa y que aumenta conforme más administraciones deciden regularla e incorporarla a sus ordenamientos. Practicada en un número creciente de ámbitos, estudiada e investigada desde perspectivas tanto jurídicas, como políticas, como sociológicas y dotada de un valor positivo que la hace ser popular tanto en Europa, como en América como en latitudes externas a Occidente.²³ La Democracia Participativa se muestra en la segunda década del siglo XXI como una de las más firmes opciones de las que se dispone en la actualidad para revitalizar la Democracia, superar la tantas veces citada crisis de la representación y tratar de profundizar y mejorar el modelo político democrático.

4. DIFERENCIACIÓN TERMINOLÓGICA Y CONCEPTUAL.

Como esencialmente moderno y reciente que es, el término utilizado para nombrar la Democracia Participativa no es de aceptación unánime. La legislación (tanto española como internacional) tiende a no hacer referencia a la expresión Democracia Participativa y existe una serie de términos que, aun y la casi unánime aceptación doctrinal de Democracia Participativa como el más adecuado, se usan, se confunden y se entremezclan en no pocas ocasiones. Es por ello de especial interés intentar establecer una diferenciación entre ellos.

– *Democracia Participativa*: es el conjunto de instrumentos jurídicos que, a través de la participación directa de los ciudadanos en la vida pública, en la toma de decisiones de la comunidad y en el control de sus representantes y gobernantes, pretende profundizar en la democracia implicando en un mayor modo al ciudadano en su propio gobierno.

²² En palabras de ALZAGA «nuestros constituyentes, que, de un lado, no habían olvidado los referenda franquistas, sistemáticamente enmarcados en la propaganda oficial y unidireccional en favor del sí de turno y que, de otro, deseaban consolidar el sistema de partidos políticos como principales herramientas de la democracia representativa y que, además, albergaban algún temor a las posibilidades que podían tener los grupos extremistas de derecha e izquierda a la hora de manejar mecanismos extraparlamentarios, fueron muy cautos en la instauración de dispositivos de participación popular directa.» ALZAGA VILLAAAMIL, Ó. *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, p. 295.

²³ Los ejemplos son muchos. Por citar sólo uno baste hablar de la India y de uno de sus estados, Kerala, el cual ha adquirido popularidad por el desarrollo participativo llevado a cabo en el mismo. THOMAS ISAAC, T.M. Y FRANKE, R. *Democracia local y desarrollo. Campaña popular de planificación descentralizada de Kerala*, Diálogos L'Ullal Edicions, Játiva, 2004.

– *Democracia Semi-directa*: este era el término habitualmente utilizado en la segunda mitad del siglo XX para referirse a lo que en el presente se entiende por Democracia Participativa. Es fácil encontrarlo, por ejemplo, en los debates constituyentes españoles en las intervenciones de FRAGA, que defendía una regulación más profusa de la participación directa en la Constitución y que acostumbraba a utilizar esta expresión.²⁴ No es, sin embargo, muy acertada, pues, evidentemente, ni lo que en los años setenta se entendía por Democracia Semi-directa, ni lo que hoy es la Democracia Participativa llegan, ni de lejos, a ser la mitad de lo que una hipotética Democracia Directa sería y que la partícula “semi” parece querer indicar. No obstante, salvadas las diferencias de época, se podría afirmar que Democracia Semi-directa y Democracia Participativa son dos términos que hacen referencia al mismo concepto, si bien, con Democracia Participativa se hace referencia a una versión mucho más ampliada y centrado en lo local del mismo.

– *Democracia Directa*: es, o bien el modelo existente en la Atenas clásica, o bien un modelo utópico situado en un futuro hipotético y que, por lo general, suele implicar la utilización de sistemas informáticos y de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. No es en ningún caso nada que exista en el presente. Al ser directa implica necesariamente la inexistencia de fórmulas representativas, o la conversión de éstas en un mero instrumento para la racionalización y practicidad de la participación directa. Esto existía en Grecia en la antigüedad, tal vez exista en el futuro, pero es desde luego evidente que no existe en el presente. Existe la participación directa de los ciudadanos, pero no el todo que el concepto Democracia Directa implica.

– *Participación Ciudadana*: implica la participación directa de los ciudadanos en el gobierno de la comunidad y en la vida pública en general pero con un grado de intensidad menor que el de la Democracia Participativa²⁵, caracterizándose esencialmente porque el ciudadano puede recibir información de la administración, opinar ante ella, ser escuchado, ser tenido

²⁴ Decía FRAGA que «la auténtica realidad de que los actuales partidos políticos propenden no sólo a actuar como intermediarios, sino a monopolizar el proceso político, necesita una compensación. Esa compensación, en democracias más antiguas que la nuestra (...) ha consistido en el desarrollo de instituciones democráticas semidirectas, entre las cuales está el referéndum, el plebiscito en materia internacional, la iniciativa popular, y una fórmula que aquí no hemos intentado, que tiene su importancia, que es el derecho de revocación por parte de los electores y elegidos.» HERRERO LERA, M. citando el BOC número 109, de 13 de julio de 1978, pp. 4208-4209, en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. «Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978», tomo VII, *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, pp. 216-217.

²⁵ BRADY indica que la participación sería simplemente la «acción del ciudadano ordinario dirigida a influir en algunos resultados políticos.» AAVV. *Ciudadanos, asociaciones y participación en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2006, pp. 48-49.

en cuenta, pero no necesariamente tomar personalmente y de manera directa decisiones. La gran mayoría de actividades participativas del presente, particularmente en el ámbito local, encajan mucho mejor en la Participación Ciudadana que en la Democracia Participativa. Participación Ciudadana sería una esfera mayor que englobaría todas las actividades consideradas de participación directa del ciudadano y en cuyo interior encajaría una menor y más estricta caracterizada por la capacidad del ciudadano de decidir directamente y que sería la Democracia Participativa.

– *Fenómeno Participativo*: «término del que se ha servido en diversas ocasiones la jurisprudencia constitucional y que hace referencia a todas aquellas formas de participación que regula la Constitución a lo largo de su articulado, incluyendo entre ellas mandatos de carácter general dirigidos a los poderes constituidos para que promuevan la participación en determinados ámbitos (artículos 9.2 CE y 48 CE), el derecho a participar directamente en los asuntos públicos derivado del artículo 23.1 CE (artículo en el que se fundamenta en España la Democracia Participativa y la Participación Ciudadana) y también otros derechos subjetivos que, siendo de participación, no son de participación política como el recogido en el 23.1 CE.»²⁶

5. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.

La Democracia Participativa y la Democracia Representativa van necesariamente unidas. La Democracia Participativa surge del propio desarrollo de la Democracia Representativa y no pretende eliminarla o sustituirla. Su objetivo es complementarla, enriquecerla y mejorarla.²⁷ Pero nunca eliminarla. Si bien, una cierta visión utópica considera que tarde o temprano una renacida Democracia Directa substituirá a la Democracia Representativa sirviéndose para ello de las nuevas tecnologías, lo cierto es que, ni parece factible que vaya a resurgir un modelo de gobierno plenamente directo, ni parece posible que el sistema representativo se desmorone o siquiera evolucione tan drásticamente.²⁸ Lo más lógico es concebir la Democracia Re-

²⁶ RAMÍREZ NÁRDIZ, A. *Guía práctica de la Democracia Participativa. Conocer la Democracia Participativa y aprender a usarla*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 111.

²⁷ Indica ALZAGA en este sentido que «partiendo pues de la idea de que el principio democrático ha de tener su plasmación principal en la Democracia Representativa, los mecanismos de participación directa se han contemplado en no pocas ocasiones como correctivos necesarios frente a las carencias de aquella y la oligarquización de los partidos, principales instrumentos del proceso representativo.» ALZAGA VILLAAMIL, Ó. *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, p. 294.

²⁸ «En ese sentido, cabría decir que la democracia constitucional exige, por principio, la democracia representativa. Y así fue, en el Estado constitucional, hasta el presente, sin que hoy, pese a las modernas facilidades telemáticas (voto electrónico, etc.), hayan decaído aquellas razones (que son teóricas y no sólo prácticas). Lo que no impide, claro está, que como complemento de la democracia representativa, y no como su sustitución, quepa

presentativa como un modelo político que, desde su mismo comienzo, se encuentra en constante desarrollo y evolución. Evolución que llevó en su día a ampliar el derecho de sufragio de los hombres con recursos a todos los hombres independientemente de su riqueza, a las mujeres, a las minorías raciales previamente discriminadas, etc. Evolución que en las últimas décadas se materializa en la Democracia Participativa y que busca que la ciudadanía participe más activamente²⁹ en la vida pública y en la toma de decisiones entendiendo esto como un método de implicarla más activamente en dicha vida pública y, por extensión, como una herramienta para garantizar la continuidad de la Democracia como sistema político imperante y ampliar, a los ojos de los ciudadanos, la legitimidad del modelo democrático.³⁰

La Democracia Participativa aparece precisamente en los años sesenta y setenta en el ambiente general de cambio y evolución que se produce en aquel tiempo y que en el ámbito político pretendía, entre otras cosas, reformular el modelo democrático existente acercándolo a los ciudadanos, a las minorías y a los grupos más desfavorecidos. Es por tanto, en el seno de la crisis (entendida como cambio y evolución) de la Democracia Representativa cuando surge la Democracia Participativa y es la, tan citada por la doctrina, crisis de la representación³¹ la que ha alimentado y aun hoy alimenta el desarrollo de la Democracia Participativa.³² No es, por tanto, posible concebir la Democracia Participativa sin la Democracia Representativa. Van

admitir determinados instrumentos de democracia directa (referéndums, especialmente) para la adopción de decisiones de muy especial trascendencia, o determinadas fórmulas de participación, que no de decisión, directa (por ejemplo, la iniciativa legislativa popular) en el Estado constitucional. Así se ha hecho en numerosos Estados constitucionales sin que por ello quiebre la democracia representativa, siempre que aquellos instrumentos o fórmulas se presenten como excepción y no como regla general, de suerte que no sirvan para deslegitimar a la representación política, que ha de considerarse, por lo antes dicho, como el sustento de la democracia constitucional.» ARAGÓN REYES, M. *op. cit.*, 2008, pp. 130-131.

²⁹ Hay que tener en cuenta, como apunta MANIN, que «los fundadores del gobierno representativo no trataron de crear un sistema en el que gobernase la voluntad popular» si bien tampoco se puede negar que «no deseaban tampoco que las decisiones de los representantes no tuviesen relación con lo que desean los votantes.» MANIN, B. *op. cit.*, Madrid, 1998.

³⁰ El Tribunal Constitucional en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2^a, apuntó que la democracia española «se trata de una democracia representativa como regla general, complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa.»

³¹ «Parece que la brecha entre gobierno y sociedad, entre representantes y representados, se está ampliando.» MANIN, B. *op. cit.*, Madrid, 1998.

³² Nuevamente son de obligada referencia aquí las reflexiones de HABERMAS. HABERMAS, J. *Ensayos políticos*, Ediciones península, Barcelona, 1988.

e irán necesariamente unidas y como desarrollo de la segunda es como hay que entender a la primera.

6. INSTRUMENTOS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

La Democracia Participativa se materializa en una serie de instrumentos o mecanismos jurídicos mediante los cuales se canaliza la participación directa de los ciudadanos. Estos instrumentos se dan en los distintos ámbitos de la administración (nacional, regional y local), si bien, dónde más se practican y dónde más instrumentos nuevos surgen es en el ámbito de lo local. Algunos de estos instrumentos jurídicos son:

a) *Referéndum*: es el instrumento participativo clásico. En términos generales consiste en una pregunta hecha a la ciudadanía sobre una cuestión política o reforma legislativa. A nivel doctrinal suele diferenciarse entre el referéndum propiamente dicho, que sería una pregunta sobre una reforma legislativa, y el plebiscito, que sería una pregunta sobre una cuestión política. De forma común, sin embargo, la diferenciación entre ambas palabras suele radicar en el carácter positivo de la palabra referéndum y el peyorativo (unido al ámbito de lo demagógico y populista) de la palabra plebiscito. También se puede diferenciar entre el referéndum y la consulta popular. En general, se consideran términos sinónimos, si bien en España se entiende (en particular desde la STC 103/2008, de 11 de septiembre, la cual sigue la línea jurisprudencial marcada por sentencias como la STC 119/1995, de 17 de julio, o la STC 12/2008, de 29 de enero) que el referéndum es aquel autorizado por el Estado, que sigue el procedimiento electoral, en el que es llamado a votar el cuerpo electoral y en el que se pregunta a dicho cuerpo electoral sobre los asuntos públicos y la consulta popular como aquella realizada sin que se den alguna o algunas de las características anteriores. En principio, el referéndum sería propio del ámbito nacional y la consulta popular de los ámbitos territoriales autonómico y local.

b) *Iniciativa popular*: con ella se eleva una petición popular a la autoridad política. La única³³ existente en España es la iniciativa legislativa popular, que consiste en la recogida de un número determinado de firmas que se elevan a la autoridad legislativa competente solicitándole que legisle sobre un determinado asunto. La iniciativa popular, no obstante, puede promover otro tipo de peticiones más allá de la redacción de una ley: convocatoria de

³³ Salvo en el ámbito local, donde, además de la iniciativa legislativa popular, existe la posibilidad de que las iniciativas populares locales lleven incorporada una propuesta de consulta popular local, la cual, en su caso, ha de ser tramitada siguiendo los requisitos y procedimiento contenidos en el artículo 71 de la Ley 7/1985. Consultas populares para cuya realización, así como para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, los municipios han de impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación, tal como indica el punto tres del artículo 70 bis.

un referéndum, revocación de una norma jurídica, remoción de un cargo político, etc.

c) *Revocatoria de mandato*: busca que una determinada autoridad o cargo político abandone su puesto o se someta a una nueva votación para mantenerlo. La ciudadanía recogerá las firmas que estipule la normativa jurídica y promoverá la solicitud. El cargo político afectado puede ser desde un alcalde hasta el presidente del país. Es un mecanismo relativamente popular en América pero de escasa aceptación en Europa.

d) *Apelación de sentencia*: por la misma se somete a votación popular una sentencia de un tribunal de justicia. Puede ser una sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley o una sentencia que habilite una situación jurídica inicialmente imposibilitada por una autoridad administrativa o por un tribunal inferior. En el referéndum que se realice se podrá decidir mantener en el ordenamiento una ley declarada inconstitucional por el tribunal al tiempo que la sentencia será anulada. O se podrá anular una sentencia que declaraba conforme a Derecho una situación jurídica que en un primer momento no había sido permitida bien por una autoridad administrativa, bien por un tribunal inferior. Al igual que la revocatoria de mandato, es un instrumento participativo más habitual en América que en Europa.

e) *Asamblea abierta*: es «la reunión de la totalidad de los ciudadanos con derechos políticos de una comunidad sustituyendo así a las asambleas representativas. En la mayor parte de los casos, esta práctica se realiza a nivel local/municipal siendo las decisiones así tomadas del mismo ámbito competencial. Este sistema de adopción de decisiones políticas también puede denominarse –en Iberoamérica– cabildo abierto. En la actualidad el mecanismo de la asamblea abierta es, en muchos casos, una herramienta para llevar a cabo otros instrumentos de la democracia participativa tales como los presupuestos participativos, los núcleos de intervención participativa, etc.»³⁴

f) *Presupuestos participativos*: son el «instrumento de la democracia participativa –en principio local aunque también puede ser regional– mediante el cual el gobierno municipal consigna una determinada parte del presupuesto de un municipio –no suele ser la totalidad pero tampoco es imposible que lo sea– para su administración y utilización en aquellos objetivos que decida no el gobierno municipal unilateralmente, sino dicho gobierno municipal en colaboración con los vecinos del municipio, los cuales participarán en el proceso de decisión de los objetivos a alcanzar con esa parte del presupuesto municipal, así como en el modo de alcanzar dichos objetivos, ya sea simplemente siendo oídos en sus necesidades y deseos o, además de siendo oídos, decidiendo en qué y cómo se gasta.»³⁵

³⁴ RAMÍREZ NÁRDIZ, A. *op. cit.*, Valencia, 2010, pp. 186-187.

³⁵ RAMÍREZ NÁRDIZ, A. *op. cit.*, Valencia, 2010, p. 194.

g) *Jurados ciudadanos*: también llamados núcleos de intervención participativa. En palabras de DIENEL son «un grupo formado de personas elegidas al azar y liberadas de sus trabajos cotidianos por un tiempo limitado, de forma remunerada, para tratar de buscar soluciones a problemas preestablecidos, siendo asistidos por organizadores responsables.»³⁶ Son, por tanto, un número de personas escogidas al azar (generalmente 25) y divididas en grupos de trabajo de 5 personas, que durante unos 3 a 5 días quedan liberadas de sus tareas cotidianas y a las que se les pide que, en el marco de unas jornadas de trabajo y siendo remuneradas por ello, participen en la discusión y resolución de alguno/s de los problemas de la localidad (o del barrio, la provincia, etc.) de la que forman parte siendo ayudados por moderadores, asesores técnicos expertos y en colaboración con las organizaciones y asociaciones de la localidad.³⁷

7. ESTADO DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS TERRITORIALES: LA IMPORTANCIA DEL ÁMBITO LOCAL.

Si la Democracia Participativa tiene futuro, éste será en el ámbito territorial local.³⁸ Es en el ámbito local donde más se practica, donde más se innova, donde aparecen nuevos instrumentos participativos, donde surgen más y más concejalías y departamentos de gobierno local dedicados a la participación ciudadana, donde resulta más sencillo el intercambio de información entre la administración y el ciudadano y donde, con menos esfuerzo, se pueden alcanzar cotas más elevadas de participación directa. La Democracia, al fin y al cabo, nació hace veinticinco siglos en una ciudad, así pues, no es tan extraño que, por paradójico que pueda resultar, si la participación directa del ciudadano en los asuntos públicos y en su gobierno ha de aparecer, crecer y desarrollarse, sea de nuevo en el ámbito de las ciudades. Adaptada, eso sí, a las circunstancias actuales, limitada a las competencias políticas que hoy en día tienen las ciudades y encuadrada en el marco general de Democracia Representativa imperante en el presente. La Democracia Directa no se pensó

³⁶ DIENEL, P.C. Y HARMS, H. *op. cit.*, Barcelona, 2000, p. 83.

³⁷ RAMÍREZ NÁRDIZ, A. *op. cit.*, Valencia, 2010, p. 188-189.

³⁸ Siguiendo a CANALES ALIENDE se pueden citar los motivos que parecen exigir una mayor participación ciudadana en el ámbito de lo local: la proximidad; la complementariedad de lo local con lo global; la diversidad, la complejidad y la pluralidad de redes políticas y sociales existentes en el nivel local; la preeminencia de lo urbano; la aparición de nuevos problemas y conflictos sociales y medioambientales; la lucha contra la inseguridad ciudadana; el debate público mayor y más intenso sobre el presupuesto local como instrumento de gobierno y de participación; la necesidad de fortalecimiento de la pertenencia e integración del ciudadano en una determinada comunidad humana y política; la generalización de la heterogeneidad social y territorial urbana; la aparición de grandes aglomeraciones urbanas; la accesibilidad de la ciudadanía a las instituciones y políticos locales; etc. CANALES ALIENDE, J.M. «La democracia participativa local», *Sistema, Revista de ciencias sociales*, nº 184-185, 2005, pp. 191-201.

para comunidades políticas mayores de unos pocos miles de personas, tal como era la Atenas de Pericles. Y lo cierto es que la Democracia Participativa existe y está regulada, junto con el local, en ámbitos territoriales de mayor tamaño pero, a más grande es el ámbito, más exiguo es el alcance de la participación directa de los ciudadanos, tanto en calidad, como en cantidad. A más aumenta el marco territorial, más disminuye el número de instrumentos participativos y las ocasiones en las que estos se practican.

Así, si se examina el desarrollo y estado internacional de la Democracia Participativa en la actualidad, es fácil comprobar cómo, tanto en el ámbito nacional, como en el ámbito regional, su desarrollo es limitado o muy limitado. Especialmente grave es la situación de la Democracia Participativa a nivel nacional en la mayoría de los países de nuestro entorno y, en particular, en España. Salvo muy contadas excepciones (determinados países iberoamericanos o Suiza) la Democracia Participativa en su ámbito nacional no tiene hoy gran predicamento. Uno de los casos en los que esta situación queda más patente es, precisamente, el caso de España. Para resumir la situación de la Democracia Participativa en su ámbito nacional en España baste decir que, de los tres instrumentos participativos nacionales que recoge la Constitución de 1978³⁹, uno se ha practicado dos veces (referendos consultivo de la OTAN en 1986 y de la Constitución Europea en 2005) y los otros dos ninguna (pues nunca ha habido un referendo para la ratificación de la reforma constitucional y ninguna de las aproximadamente 60 iniciativas legislativas populares promovidas ha conseguido acabar convertida en una ley).⁴⁰

³⁹ No se incluyen aquí los referendos para la elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía regulados por la Constitución (artículos 151-152 CE y disposición transitoria 4ª CE) por ser su ámbito de realización el autonómico y no el nacional.

⁴⁰ La situación de la Democracia Participativa de ámbito nacional en España es fruto de una pluralidad de factores que van desde la restrictiva regulación Constitucional de la misma debida a la preocupación de los constituyentes porque una regulación demasiado amplia sacara de la sede parlamentaria a la calle el debate político en un momento tan delicado como era la Transición; la limitativa regulación legal de los instrumentos participativos nacionales (LO 2/1980, de 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de referendo, y LO 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular) que dificulta enormemente las posibilidades reales de participación y decisión del ciudadano; o los escasos estímulos políticos que tiene un responsable político español de ámbito nacional para promover la realización de un instrumento participativo (por ejemplo, un referendo consultivo), pues, siendo como es el debate político español, lo más probable es que dicho instrumento acabe convirtiéndose en un plebiscito sobre el propio responsable político y su gestión ignorándose el objeto real de dicho instrumento participativo y no suponiendo para el responsable político ningún beneficio real y muchos perjuicios potenciales tales como que la opción que él defiende en el instrumento participativo sea derrotada o no obtenga un apoyo manifiesto o provoque la división de su propio electorado, etc.

Toda esta suma de factores ha llevado a que en el presente la Democracia Participativa de ámbito nacional en España sea, en la práctica, un fósil que, si bien se encuentra

A nivel nacional la Democracia Participativa se encuentra en un momento de estancamiento con tendencia al retroceso. Salvo contadas excepciones, como las novedosas experiencias participativas reguladas en algunas recientes constituciones iberoamericanas, la regulación y práctica de la Democracia Participativa de ámbito nacional en el conjunto de Occidente es cada vez más irrelevante. El número de referendos convocados, el número de iniciativas populares llevadas a cabo, etc. es escaso y de valor menor y, lo que es más importante, la dinámica no parece indicar que la situación vaya a cambiar a mejor, esto es, a un aumento de las experiencias participativas, sino a justo lo contrario, a peor, a su disminución. El tradicional miedo de los responsables políticos nacionales al recurso al voto ciudadano directo vive en el presente acrecentado y multiplicado. La crisis económica y su consecuencia política en forma de falta de credibilidad de la clase política y aumento del desapego y la desconexión entre la ciudadanía y sus políticos ha llevado a estos a no sólo no confiar en la Democracia Participativa como recurso para volver a conectar con la ciudadanía, sino a desconfiar ahora más que nunca de la participación directa por poderse erigir en altavoz de unos ciudadanos enfadados, hastiados y decepcionados con sus dirigentes.

Un ejemplo de este fenómeno se puede ver en el proceso por el que la Constitución Europea fue sometida en su día a diversos referendos ratificatorios a lo largo y ancho de la Unión Europea, no sucediendo así con su sucesor el Tratado de Lisboa. El desastre y desconcierto que supuso para la Unión Europea comprobar en sucesivos referendos nacionales que la ciudadanía estaba en contra de la Constitución Europea llevó a substituir la misma por un nuevo tratado de la UE que, por pura prudencia, no fue sometido a referendo con la misma alegría con la que había sido sometida la Constitución (sólo se sometió a referendo en Irlanda y, para zozobra de europeístas, ganó el “no”. Afortunadamente para la UE, un año después Irlanda volvió a votar y en esta ocasión ganó el “sí”). La Democracia Participativa se convirtió en objeto a temer por la clase política que comprobó como la misma podía constituirse en un muy sólido obstáculo a sus propuestas y objetivos.

Si esto sucede a nivel nacional, a nivel regional la situación no es tan acentuada pero tampoco llamativamente mejor. Efectivamente, se comprueba la norma según la cual a más pequeño es el ámbito territorial, más desarrollo alcanza la Democracia Participativa. Esto implica que la Democracia Participativa regional está más desarrollada que la nacional pero menos que la local. Evidentemente, dependerá del país al que nos dirijamos y no será lo mismo el desarrollo suizo que el británico. Entre las propias regiones de un país tampoco acostumbra a haber un desarrollo homogéneo y suelen coexistir regiones con un desarrollo muy elevado con otras que no lo tienen

regulado tanto en la Constitución como en normas inferiores, no tenga un desarrollo ni una práctica sustantiva más allá de episodios puntuales que son más excepciones que confirman la regla que verdaderos logros participativos.

en absoluto. En cualquier caso, en términos generales, el desarrollo participativo regional es superior al nacional y su progreso, si bien no comparable al local, es real. Ejemplos de esto lo encontramos en multitud de países europeos. Baste citar el ejemplo de Alemania, donde la Democracia Participativa de ámbito nacional brilla por su ausencia, mientras que la regional en los *Länder* o Estados Federados es mucho más fructífera.⁴¹ En España la Democracia Participativa de ámbito autonómico vive en el presente un periodo de interesante desarrollo y no poca polémica. La mayoría de las CCAA tienen legislación en materia de iniciativa legislativa popular y progresivamente son más las que regulan, o intentan regular, las consultas populares y la participación ciudadana en su conjunto.⁴²

Pero donde realmente la Democracia Participativa se desarrolla y multiplica es en el ámbito local. Es aquí donde los responsables políticos parecen más propensos a promover una regulación amplia de los instrumentos participativos e, incluso en no pocos casos, a innovar y crear nuevos instrumentos participativos. El ejemplo español es paradigmático de la situación internacional de la Democracia Participativa: una regulación nacional detenida o en retroceso, una regulación regional que crece pero desigualmente entre las distintas regiones y una regulación local que aumenta a un ritmo que llega a hacer difícil conocerla en su totalidad. Cada vez son más los ayuntamientos que tienen una concejalía de participación ciudadana y que organizan actividades participativas que van desde el intercambio sencillo de información entre la administración y la ciudadanía, hasta la realización de instrumentos participativos complejos como presupuestos participativos o jurados ciudadanos a los cuales pueden dedicar una parte significativa del presupuesto municipal. El número de seminarios y congresos sobre Democracia Participativa se multiplica y parece que todos los ayuntamientos mínimamente cercanos al ciudadano deben tener el suyo al menos una vez al año. La cantidad de publicaciones promovidas por los municipios en las que se explican sus actividades participativas crece y su distribución se amplía. Incluso no son pocos los municipios que complementan los instrumentos participativos incorporando a ellos las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y una consulta popular local la practican mediante voto electrónico o unos presupuestos participativos se desarrollan recogiendo las

⁴¹ Por citar un ejemplo de esto quepa referirse al caso de los Estados Federados de Schleswig-Holstein, Baja Sajonia y Brandeburgo en los que se realizaron en 1998 tres consultas populares regionales: dos contra la reforma de la ortografía y una contra la construcción de un tramo del Transrapid –tren rápido de suspensión magnética– entre Hamburgo y Berlín. JUNG, O. *Democracia directa en Alemania. Tendencias desde 1989*, Goethe Institut Inter Naciones, Bonn, 2001, pp. 1-18.

⁴² Como la Comunidad Valenciana con la Ley 11/2008, de 3 de julio, de Participación Ciudadana.

sugerencias ciudadanas a través de correos electrónicos dirigidos a la página web del ayuntamiento.⁴³

La gran limitación de la Democracia Participativa local radica en la limitación de las competencias locales, así como en una financiación que no siempre acompaña a las administraciones que más cerca están del ciudadano y que suelen recibir más peticiones del mismo. Un ayuntamiento no puede ir más allá de sus competencias legales, sin embargo, cuando pone en práctica un instrumento participativo, la mayoría de los ciudadanos suele exigirle que vaya más allá de lo que por previsión legal y capacidad material puede ir. Este fenómeno se podría salvar con una coordinación entre las distintas administraciones (en España entre la local y la autonómica, particularmente), pero no siempre es sencillo y no siempre se lleva a cabo. No son pocas las ocasiones en que la Democracia Participativa y la Participación Ciudadana son vistas por la autoridad política más como una herramienta para conseguir réditos políticos, que como un instrumentos para mejorar el nivel democrático de una comunidad, así como para mejorar su nivel de vida. Esto, unido a una ciudadanía que muchas veces no conecta con los instrumentos participativos a los que ve (tanto, en ocasiones, por su propia falta de voluntad, como por la escasa capacidad de muchas administraciones de hacérselos ver más y mejor) lejanos, complejos y poco útiles, lleva a multitud de disfuncionalidades en la práctica participativa (populismos, escasa participación ciudadana real, falta de continuidad en la práctica participativa, etc.). En este marco, no es de extrañar que muchas administraciones locales tiendan a actuar en solitario o con interconexiones muy limitadas con las restantes administraciones.

El ámbito de lo local es, por tanto, el que parece mostrarse cada vez más claramente por cantidad y calidad como el característico de la Democra-

⁴³ Ejemplo muy interesante de esto último se puede ver en los presupuestos participativos de San Juan de Alicante en los que se permitía que los ciudadanos presentaran sus quejas y solicitudes mediante el envío de correos electrónicos a la página web del ayuntamiento. Quepa citar algunas peticiones ciudadanas recogidas en la web del ayuntamiento para los presupuestos participativos del año 2008 (www.santjoandalacant.es):

-Número de registro 003-08: «Conciliación de la vida laboral y familiar. Creo que es una obligación de las Administraciones Públicas crear guarderías públicas. Ahora que he sido madre recientemente, me doy cuenta de la importancia que tienen las cosas para facilitar a las madres dicha conciliación. Creo que URGE en San Juan una guardería/ escuela infantil YA.»

-Número de registro 066-08: «Propongo la creación de un huerto en el patio del colegio público Cristo de la Paz. Constaría de una serie de pilones rectangulares, como de 1,20 m de altura, rellenos de tierra donde se plantarían las hortalizas y demás plantas.»

-Número de registro 154-08: «Alergias. Los chopos sueltan pelusas blancas y cuando hay viento parece que nieva. Los alérgicos lo pasamos fatal. Cortar chopos (Dr. Pérez Mateo) residencia médicos.»

cia Participativa, pero, precisamente por ello, en él se reúnen los progresos, avances y mejores en el campo participativo, pero también gran parte de las limitaciones, miserias y frustraciones que el mismo presenta en la actualidad. El elemento clave es, sin duda, el ciudadano⁴⁴. Es de él de quien, en definitiva, depende la Democracia Participativa.

8. CONCLUSIONES.

Como indicó BERLIN, «puede que sin el empuje de las fuerzas sociales las ideas nazcan muertas. Pero de lo que no hay duda es de que, si no se revisten de ideas, esas fuerzas quedarán cegadas y faltas de dirección.»⁴⁵ El desastre al que está abocado cualquier movimiento social que carezca de un mínimo trasfondo ideológico queda meridianamente claro cuando se examina el desarrollo en los últimos años de movimientos sociales español-

⁴⁴ En las presentes páginas se han utilizado en diversas ocasiones los términos ciudadano y ciudadanía, pero no el de pueblo. Esto es así debido a la desconfianza que el propio concepto pueblo genera. El ciudadano o la ciudadanía es un concepto eminentemente empírico, es decir, resulta posible observar a los ciudadanos individualmente o como colectivo, esto es, como agregación de individuos que componen el todo llamado ciudadanía; e igualmente posible es predicar derechos individuales de los ciudadanos. Pero el pueblo, como concepto mucho más indeterminado –más metafísico que jurídico–, abierto a interpretaciones que incluyan, o no, a todos los habitantes de un determinado territorio en función de sus condiciones comunes no necesaria y estrictamente jurídicas (raza, ideología, religión, etc.), del que, en no pocas ocasiones, se han predicado y aun hoy se predicán supuestos derechos previos al Estado y, por ello, superiores al ordenamiento determinado por el mismo y al que se tiende a apelar para intentar transformaciones sociales que no pocas veces lesionan los derechos individuales de los ciudadanos, es un concepto al que resulta problemático acudir en ámbitos jurídicos tales como, por ejemplo, el que es objeto de estas líneas: la Democracia Participativa. Quepa citar a FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR cuando indica « Hay que ser muy cuidadoso cuando se habla de pueblo y de voluntad del pueblo. Pese a que ya nos hemos referido a ello en otro momento, conviene repetirlo ahora e, incluso, ampliarlo, a efectos pedagógicos. Veamos. Es evidente que el pueblo, como realidad sociológica con capacidad de expresar una voluntad política coherente y operativa, ni existe ni puede existir. El pueblo, como realidad sociológica, es un complejo agregado de individuos que se integran o se organizan a través de una multiplicidad de estructuras heterogéneas, frecuentemente enfrentadas y contradictorias. Sociológicamente no hay una voluntad del pueblo que preexista al Estado y reclame hacerse presente en él. El pueblo, como realidad homogénea, con capacidad de un querer unitario y coherente: O es un concepto metafísico, así, por ejemplo, la “voluntad general” de Rousseau, que es una noción que está más allá de la voluntad de los individuos y que ni siquiera se corresponde con la voluntad de la mayoría. O es un concepto jurídico: es decir, una realidad fabricada por y desde el derecho.» FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. «Reflexiones sobre una improbable reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados», *Revista de Derecho Político*, nº 74, UNED, enero-abril 2009, pp. 40-41.

⁴⁵ BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2010, pp. 45-46.

les como el 15-M o el 25-S. Estos movimientos de protesta carecen de una verdadera ideología, de unos objetivos concretos y determinados, así como de un programa y liderazgo visibles. Están destinados, por tanto, al fracaso⁴⁶. Pero idéntico destino le aguarda a aquellas ideas que no tengan suficiente apoyo de las fuerzas sociales. Y, para ser apoyada, una idea ha de ser primero mínimamente conocida. La Democracia Participativa es joven. En muchos aspectos prácticamente nueva y, por ello, muy desconocida. Siguiendo con el ejemplo de los movimientos de protesta 15M o 25S, ¿podrían los manifestantes de la Puerta del Sol haberse servido de la Democracia Participativa? Sí, si la hubieran conocido. Podían haberla utilizado para racionalizar y sistematizar las asambleas populares que se practicaron. O para recoger firmas y plantear iniciativas legislativas populares. Pero la desconocían. O la confundían con modelos utópicos y ajenos a la realidad. He ahí el gran reto que los instrumentos participativos tienen en el presente: superar su desconocimiento por los ciudadanos. El verdadero problema que la Democracia Participativa tiene en el presente para desarrollarse no son tanto los poderes públicos que recelan de ella, sino los ciudadanos que la desconocen.

Igualmente, y como se ha indicado anteriormente, la Democracia Participativa es y será lo que el ciudadano quiera que sea. Sus instrumentos requieren de la participación del ciudadano. Ciudadano que, además, ha de tener una mínima formación, ya sea previa o adquirida con la práctica del instrumento participativo. Si bien en la Democracia Representativa el papel del ciudadano puede limitarse al ejercicio de su derecho al voto o, incluso, puede ser inexistente si éste decide no votar, en la Democracia Participativa es imprescindible que el ciudadano se implique y tome parte en los instrumentos participativos. La Democracia Representativa puede sobrevivir con tasas de participación bajas. La Democracia Participativa, cuya esencia es precisamente la participación del ciudadano, no tiene futuro si el ciudadano se abstiene de participar. El modelo participativo es propio de sociedades formadas y responsables, con altos valores cívicos y con la conciencia de que sólo mediante la cooperación y el consenso se produce el progreso social. Es propio, por tanto, de sociedades maduras y con un alto estándar democrático. A través de la Democracia Participativa se puede formar al ciu-

⁴⁶ La crítica a la Democracia Participativa tiende, sin embargo, a identificarla con este tipo de movimientos sociales y a acusarla de sacar la representación del parlamento a la calle y, con ello, de debilitar el sistema democrático. Nada más lejos de la realidad, pues la función de la Democracia Participativa es, precisamente, el fortalecimiento del sistema democrático y el enriquecimiento de la Democracia Representativa. No es rupturista, ni revolucionaria, sino que, por el contrario, es moderada y busca el fortalecimiento de las estructuras democráticas acercándolas al ciudadano y someténdolas a un mayor control del mismo.

dadano⁴⁷, pero difícilmente se podrá practicar la misma si el ciudadano no es ya y con carácter previo un sujeto formado y democráticamente responsable.

De la necesidad de que se den simultáneamente este conjunto de factores (conocimiento de qué es la Democracia Participativa, participación elevada de los ciudadanos en los instrumentos participativos, formación y responsabilidad de los sujetos participantes, etc.) deriva la complejidad del establecimiento a largo plazo de modelos propios de la Democracia Participativa. Estos altos requisitos explican igualmente por qué en el presente los instrumentos participativos, en términos generales y a salvo del ámbito local, se utilizan de forma esporádica y aislada y, en no pocas ocasiones, por motivaciones populistas, pervirtiendo así su verdadera naturaleza y reduciéndolos a parodia de sí mismos. La Democracia Participativa es joven, desconocida y dista mucho de estar asentada. Puede y está llamada a ser un importante elemento de desarrollo de la Democracia Representativa y del conjunto del sistema democrático. Pero su pervivencia y propia consolidación no está, ni mucho menos, garantizada. Dependerá de la voluntad de los distintos legisladores y gobernantes, pero, sobre todo, dependerá de la voluntad de los ciudadanos, sus verdaderos protagonistas.

TITLE: The challenges of democracy: participative democracy as complement of representative democracy.

RESUMEN: La Democracia Participativa es una de las áreas de la teoría y práctica jurídica y política que con más fuerza se desarrolla en los últimos años. En el presente comprobamos que el recurso a la apelación a la ciudadanía no sólo no decrece, sino que, particularmente en determinados ámbitos territoriales, aparece con intensidad como opción o solución que dé legitimidad a las decisiones procedentes de unas instituciones representativas que sufren un periodo de intensa crítica social. Conocer el origen histórico y doctrinal de la Democracia Participativa, distinguirla de otros conceptos cercanos, entender los instrumentos de los que se compone y calcular en qué ámbitos tiene unas mayores posibilidades de desarrollo futuro resulta, ahora más que nunca, de especial importancia.

⁴⁷ Los presupuestos participativos son buen ejemplo de esto, pues allí donde se han practicado (partiendo de Porto Alegre en 1989 y continuando con ejemplos tan dispares como los que se han dado en Europa o en Asia) han requerido que el ciudadano participante adquiriese formación no sólo sobre el propio funcionamiento del presupuesto participativo, sino también sobre las obras a realizar en el municipio, los materiales a usar, los gastos a efectuar, etc. Es decir, los ciudadanos que participan en unos presupuestos participativos no sólo adquieren conocimientos jurídicos o políticos, sino también económicos o, incluso, técnicos propios de la construcción, dándose la circunstancia (particularmente en los casos en los que se han realizado presupuestos participativos en ámbitos con grandes niveles de analfabetismo) de que, para poder participar en los presupuestos participativos, era condición necesaria y previa formarse adecuadamente.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Democracia Participativa, Democracia Representativa, Participación Ciudadana, instrumento participativo.

ABSTRACT: Participative Democracy is one of the areas of the legal and political theory and practice that in the last years is being developed in a stronger way. Nowadays we check that the appeal to the citizenship is not decreasing but, particularly in some territorial scopes, appears with intensity as option or solution to give legitimacy to the decisions coming from representative institutions that are suffering a period of intense social critic. To know the historical and doctrinal origin of the Participative Democracy, to distinguish it from other close concepts, to understand the tools of which it is formed and to calculate in which areas it has bigger future development possibilities is, now more than never, of special relevance.

KEY WORDS: Law, Participative Democracy, Representative Democracy, Citizenship Participation, participative tool.

Recibido: 05.07.2012

Aceptado: 18.01.2013

REFLEXIONES EN TORNO AL MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE INVESTIGACIONES QUE IMPLICAN PROCEDIMIENTOS INVASIVOS EN SERES HUMANOS EN ESPAÑA

Asier Urruela Mora

Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad de Zaragoza)

Asesor Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano (Diputación Foral de Bizkaia/Universidad del País Vasco-EHU/Universidad de Deusto)

SUMARIO. 1. Consideraciones generales y ubicación sistemática. 2. Antecedentes históricos. 2.1. Código de Nüremberg. 2.2. Declaración de Helsinki. 2.3. Informe Belmont. 2.4. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (19 octubre de 2005). 2.5. Documentos del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS), de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Conferencia Internacional sobre Armonización de los Requerimientos Técnicos para el Registro de Fármacos de Uso Humano (ICH). 2.6. Normativa comunitaria y española sobre ensayos clínicos con medicamentos de uso humano y productos sanitarios. 3. El antecedente inmediato: La Convención del Consejo de Europa sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina y su Protocolo Adicional relativo a la investigación biomédica de 25.1.2005. 3.1. La Convención del Consejo de Europa sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina. 3.2. Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina, relativo a la Investigación Biomédica. 4. Análisis de la Ley de Investigación Biomédica. 4.1. Visión de conjunto del Título II. 4.2. Ámbito de aplicación del Título II Ley de Investigación Biomédica. 4.3. Capítulo I. Principios generales y requisitos de la información y consentimiento. 4.4. Capítulo II. Evaluación, autorización y aseguramiento del daño. 4.5. Capítulo III. Situaciones específicas. 4.6. Capítulo IV. Seguridad y supervisión. 4.7. Capítulo V. Gestión de la información.

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA.

El Título II de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica¹ lleva por rúbrica «Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos», abarcando, a lo largo de sus cinco capítulos, los arts. 13 a 27 ambos inclusive. A través del conjunto de preceptos referidos se pretende establecer una caracterización general de las reglas a las que quedan sometidas las experimentaciones en las que participan directamente personas (excluyendo las meramente observacionales), si bien cuando las mismas se

¹ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, núm. 159.

vinculan al ámbito de los medicamentos y productos sanitarios, son objeto de una regulación específica en virtud de la normativa sectorial.

En este sentido, procede poner de manifiesto que si bien la experimentación con seres humanos existe desde antiguo, si entendemos la misma como práctica científica dirigida a comprobar en individuos determinadas hipótesis capaces de producir avances en la esfera de la medicina, se trata de un fenómeno relativamente reciente que cabría situar en el siglo XIX². Hito esencial en este proceso lo constituyó la publicación en 1865 de la obra de Claude Bernard *Introducción al estudio de la medicina experimental*, momento a partir del cual la experimentación adquiere carta de naturaleza, quedando fijados los principios de una verdadera metodología científica para la medicina³.

A partir de este hito, la investigación biomédica se ha desarrollado de una manera constante, quedando expuesta, no obstante, a importantes excesos, siendo los más conocidos los experimentos con seres humanos desarrollados por científicos durante el régimen nacionalsocialista alemán que han pasado desgraciadamente a los anales de la historia como los mayores ejemplos de tortura y sufrimiento inflingidos a personas vivas. No obstante, la existencia de abusos intolerables en el curso de investigaciones no ha constituido característica exclusiva de los regímenes totalitarios, sino que se ha producido lamentablemente con excesiva frecuencia también en estados democráticos⁴. Ante tan dramáticas experiencias, a lo largo del siglo XX, particular-

² Así lo pone de manifiesto GONZÁLEZ-TORRE, A. P., *Bioética y experimentación con seres humanos*, Comares, Granada, 2002, p. 1.

³ *Ibidem*, pp. 2 y ss.

⁴ Uno de los episodios más tristes de este proceso investigador en seres humanos a lo largo del siglo XX lo constituye, sin lugar a dudas, el estudio Tuskegee sobre sífilis, desarrollado entre 1932 y 1972 por el Servicio de Salud Pública norteamericano. En el curso del mismo, seiscientos afroamericanos de baja extracción social, cuatrocientos de los cuales se encontraban infectados de sífilis, fueron objeto de monitorización durante cuarenta años. A pesar de ser sometidos a exámenes médicos continuados no se les comunicó a los individuos su enfermedad. Incluso aunque en la década de los cincuenta se conoció la existencia de un método curativo de eficacia probada (penicilina), el estudio se prolongó hasta 1972 siéndoles denegado a los participantes el tratamiento. Llegaron a conocerse casos en los que, estando la sífilis diagnosticada por otros médicos, investigadores intervinieron con el fin de evitar que se suministrase a los participantes tratamiento alguno. En este contexto, numerosos sujetos murieron de sífilis durante el estudio. La investigación fue interrumpida en 1973 por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar norteamericano únicamente cuando su existencia fue publicitada y se convirtió en un problema desde el punto de vista político. En 1997, y bajo una presión pública creciente, el Presidente Clinton pidió disculpas a los participantes y a sus familias. Véase DIVISION OF RESEARCH AND GRADUATE STUDIES (UNLV)-OFFICE FOR THE PROTECTION OF RESEARCH SUBJECTS, *History of Research Ethics*, [en línea], [citado el 1 de octubre de 2011], disponible en Internet: [<http://research.unlv.edu/OPRS/history-ethics.htm>]

mente en su segunda mitad, se ha generado una importante reflexión ética relacionada con el desarrollo de las referidas experimentaciones en seres humanos, que se ha materializado en importantes textos de referencia (Código de Núremberg, Declaración de Helsinki, Informe Belmont, Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa y su Protocolo adicional relativo a la Investigación Biomédica, etc.).

A lo largo del presente trabajo, se procede a analizar la normativa aplicable en España en materia de investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos de acuerdo con el Título II de la Ley de Investigación Biomédica⁵, excluyendo la esfera de los ensayos clínicos⁶ farmacológicos y

⁵ Huelga insistir en la importancia de la intervención del Derecho en la esfera de las experimentaciones con seres humanos, dado que en las mismas se encuentran implicados derechos constitucionalmente consagrados –algunos con el rango de derechos fundamentales–, tanto del investigador como de terceros participantes en la investigación. En este sentido, en el marco constitucional español consagran la posición del investigador el art. 20.1.b) Constitución Española –en adelante, CE– (derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica) y el art. 44.2 CE (promoción de la ciencia y de la investigación científica y técnica por parte de los poderes públicos en beneficio del interés general). Por el contrario, y dado que todo derecho (también los fundamentales) se encuentra sometido a límites en su ejercicio, deben tomarse en consideración al objeto de impedir toda ingerencia indeseada en la esfera personal de sujetos potenciales participantes en la experimentación los arts. 10.1 CE (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad, respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social), 15 CE (derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura o tratos inhumanos o degradantes), 18 CE (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), 20.4 CE (fija el límite a las libertades consagradas en el art. 20 CE en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I Constitución, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia) y 43.1 CE (derecho a la protección de la salud). En este sentido, véase ROMEO CASABONA, C. M., «Aspectos jurídicos de la experimentación humana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico 11 (*Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua*), 1986, pp. 570 y ss.; SÁNCHEZ CARO, J., «Protección de los sujetos participantes. Postulados éticos en la investigación con seres humanos. Ensayos con menores e incapaces», en SÁNCHEZ CARO, J./ABELLÁN, F. (Coordinadores), *Ensayos clínicos en España*, Comares, Granada, 2006, pp. 76 y ss. Argumentación cercana a la de los autores anteriores desarrolla MARTÍN PALLÍN, J.A., «Barreras ético-jurídicas a la investigación clínica y farmacéutica», *Jueces para la Democracia*, 12, 1/1991, p. 62 y s.

⁶ En este sentido, siguiendo a BONFILL cabría definir los ensayos clínicos como aquellos estudios prospectivos realizados con el fin de evaluar las intervenciones que se han aplicado en más de dos grupos poblacionales creados al azar y que, por lo tanto, son comparables entre sí. Véase BONFILL, X., «Situación actual de los ensayos clínicos no farmacológicos en España», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, Fundación Dr. Antonio Esteve-Ediciones Doyma, Barcelona, 2001, p. 1.

vinculados con los productos sanitarios que cuentan con su propia regulación específica. Para ello procederemos, en un primer momento, a realizar un repaso histórico de los distintos textos internacionales de referencia dirigidos a abordar el tema de la experimentación humana desde una perspectiva ética. Posteriormente, y ya desde un prisma eminentemente jurídico, abordaremos la normativa concurrente en el Título II de la Ley de Investigación Biomédica respecto de la cual resulta ineludible citar –por constituir el referente inmediato de la misma– tanto el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (en adelante, Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina o Convenio de Oviedo) de 4 de abril de 1997, que en su capítulo V regula la materia relativa a la experimentación científica, como su Protocolo Adicional relativo a la Investigación Biomédica (2005) ⁷.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El origen de la regulación contenida en la Ley de Investigación Biomédica en relación con la materia estudiada hay que situarlo en la esfera internacional. Desde un punto de vista material han incidido en estas esferas el Código de Nüremberg, la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, el informe Belmont, y de manera directa, como se puso de manifiesto anteriormente, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa en el marco del cual se ha aprobado un Protocolo Adicional relativo a la Investigación Biomédica.

2.1. Código de Nüremberg.

En primer lugar, y con carácter histórico, cabría afirmar que los diez principios de Nüremberg, establecidos por el Tribunal Internacional Militar que procedió al enjuiciamiento de médicos e investigadores responsables de

⁷ En relación con el particular, como pone de manifiesto GONZÁLEZ-TORRE, si bien «es cierto que la legislación por sí sola no podrá alcanzar a «supervisar» las probetas de los laboratorios (de hecho son escasísimos los supuestos que llegan a los tribunales, y sería absurdo pensar en una judicialización de la actividad científica), y que lo fundamental es cultivar la ética del investigador, (...) esto no implica que la legislación deba quedar al margen. La misión de la ley es por un lado configurar un modelo de comportamiento para los científicos, cuyos principios se inspiren en las necesidades sociales comúnmente admitidas, o al menos mayoritariamente acordadas, y por otro evitar en la medida de lo posible que el desarrollo científico vulnere intereses públicos o derechos privados jurídicamente protegidos. La autonomía de la ciencia, el valor intrínseco del progreso científico, no son ya consideraciones que justifiquen un actuar al margen de un derecho que debe funcionar como manifestación y garantía de los intereses generales y de los derechos de los individuos». Véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., «Investigación científica (Capítulo V)», en ROMEO CASABONA, C. M. (editor), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 240 y ss.

experimentos llevados a cabo con prisioneros en campos de concentración, vendría a constituir la primera normativa internacional⁸ en este ámbito⁹. En concreto, los preceptos que configuraban el conocido como Código de Nüremberg¹⁰ son los siguientes:

1. Es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano.

Esto significa que la persona implicada debe tener capacidad legal para otorgar su consentimiento; su situación debe ser tal que pueda ser capaz de ejercer una elección libre, sin intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción u otra forma de constreñimiento o coerción; debe tener suficiente conocimiento y comprensión de los elementos implicados que le capaciten para adoptar una decisión razonable e ilustrada. Este último elemento requiere que antes de que se acepte una decisión afirmativa por parte del sujeto de la experimentación debe conocer la naturaleza, duración y fines del experimento, el método y los medios con los que será realizado; todos los inconvenientes y riesgos que pueden ser esperados razonablemente y los efectos sobre su salud y persona que pueden posiblemente originarse de su participación en el experimento.

El deber y la responsabilidad para asegurarse de la calidad del consentimiento residen en cada individuo que inicie, dirija o esté implicado en el experimento. Es un deber y responsabilidad personales que no pueden ser delegados impunemente.

2. El experimento debe ser tal que produzca resultados provechosos para el beneficio de la sociedad, no obtenibles por otros métodos o medios y no de naturaleza aleatoria o innecesaria.

3. El experimento debe ser proyectado y basado en los resultados de la experimentación animal y en un conocimiento de la historia natural de la

⁸ A nivel nacional alemán DEUTSCH establece que la primera directiva conocida data de 1900 y fue promulgada por el ministro de cultura de Prusia en reacción a las denuncias aparecidas en la prensa popular con motivo de los ensayos clínicos que se llevaban a cabo en la Universidad de Greifswald, que implicó un número importante de víctimas. La normativa en cuestión exigía la aprobación del protocolo experimental por parte del jefe del servicio, no permitía experimentar en niños o disminuidos psíquicos y los pacientes debían otorgar su consentimiento previo. Véase DEUTSCH, E., «La declaración de Helsinki y la Convención Europea de Bioética. Problemas asociados a la regulación de la experimentación médica», en PALACIOS, M. (coordinador), *Bioética 2000*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2003, pp. 183 y s.

⁹ Véase SÁNCHEZ CARO, J., «Protección de los sujetos participantes. Postulados éticos en la investigación con seres humanos. Ensayos con menores e incapaces», *cit.*, p. 56; DEUTSCH, E., «La declaración de Helsinki y la Convención Europea de Bioética. Problemas asociados a la regulación de la experimentación médica», *cit.*, p. 184.

¹⁰ Procederemos a reproducir íntegramente dichos principios a partir de la traducción de los mismos realizada por el *Observatori de Bioètica i Dret*. Véase Código de Nüremberg, [en línea], 1947 [citado el 1 de octubre de 2011], disponible en Internet: [<http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/norm/CodigoNuremberg.pdf>]

enfermedad o de otro problema objeto de estudio, de tal forma que los resultados previos justificarán la realización del experimento.

4. El experimento debe ser realizado de tal forma que se evite todo sufrimiento físico y mental innecesario y todo daño.

5. No debe realizarse ningún experimento cuando exista una razón a priori que lleve a creer que pueda sobrevenir muerte o daño incapacitante, excepto, quizás, en aquellos experimentos en que los médicos investigadores participen también como sujetos.

6. El grado de riesgo que ha de ser tomado no debe exceder nunca el determinado por la importancia humanitaria del problema que ha de ser resuelto con el experimento.

7. Deben llevarse a cabo los preparativos apropiados y proveerse de las infraestructuras adecuadas para proteger al sujeto de la experimentación contra posibilidades, incluso remotas, de daño, incapacitación o muerte.

8. El experimento debe ser realizado únicamente por personas científicamente cualificadas. Debe exigirse a lo largo de todas las etapas del experimento el mayor grado de pericia y cuidado en aquellos que realizan o están implicados en dicho experimento.

9. Durante el curso del experimento el sujeto humano debe ser libre de interrumpirlo si se encuentra en un estado físico o mental en el que la continuación del experimento le parezca imposible.

10. Durante el curso del experimento el científico responsable tiene que estar preparado para terminarlo en cualquier fase, si tiene una razón para creer con toda probabilidad, en el ejercicio de la buena fe, superior destreza y juicio cuidadoso que se requiere de él, que la continuación del experimento traerá probablemente como resultado daño, discapacidad o muerte del sujeto de la experimentación.

Los criterios configurados en el conocido Código de Nüremberg no conservan en su totalidad plena vigencia actual (así la proscripción absoluta de investigar con incapaces, lo cual daría lugar al bloqueo de facto de la actividad experimental –y, por lo tanto, del desarrollo de nuevas terapias– en este ámbito) pero constituyen un antecedente histórico y un referente válido de la actividad normativa producida posteriormente en esta materia tanto a nivel internacional como comparado. Incluso alguno de ellos puede estimarse, bajo nuestra conciencia ética actual absolutamente censurable, como el que permitiría la asunción de riesgos extraordinarios (muerte o daños incapacitantes graves) en la medida en que el investigador participe igualmente como sujeto del estudio. Por otro lado, el Código de Nüremberg no establecía diferenciación alguna entre investigación científica y terapéutica¹¹.

¹¹ En este sentido, Véase SÁNCHEZ CARO, J., «Protección de los sujetos participantes. Postulados éticos en la investigación con seres humanos. Ensayos con menores e incapaces», *cit.*, p. 57.

Sánchez Caro¹² reconduce los principios de Nüremberg en materia de experimentación con seres humanos a tres criterios básicos: consentimiento del sujeto como elemento esencial, protección de los sujetos incluidos en el ensayo y primacía del sujeto sobre el interés de la ciencia. De esta manera, el Código de Nüremberg de 1947 se erige en el primer documento internacional sobre ética de la investigación, estableciendo el inicio de una particular preocupación por la actividad experimental humana, inspirando las posteriores reglamentaciones¹³.

2.2. Declaración de Helsinki.

En el marco del proceso histórico de configuración de códigos éticos supranacionales en materia de investigación y experimentación con seres humanos, procede destacar igualmente la importancia que en el desarrollo de una armonización normativa ostenta la Declaración de Helsinki¹⁴, adoptada por la 18ª Asamblea de la Asociación Médica Mundial (1964) y objeto de enmiendas sucesivas en la 29ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Tokio (1975), en la 35ª Asamblea Médica Mundial de Venecia (1983), en la 41ª Asamblea Médica Mundial de Hong Kong (1989), en la 48ª Asamblea General en Sommerset West (Sudáfrica) (1996), en la 52ª Asamblea General reunida en Edimburgo (2000) y en la 59ª Asamblea General reunida en Seúl (Corea) (2008).

Su estructura se compone de una introducción y dos apartados (B. Principios Básicos para toda investigación médica; C. Principios aplicables cuando la investigación médica se combina con la atención médica), y a partir de su elaboración se ha convertido en referente absoluto en materia de investigación biomédica a nivel internacional.

Desde un punto de vista material, la Declaración de Helsinki establece una serie de criterios que se han consolidado y que aún hoy mantienen plena vigencia en la praxis comparada. En su introducción la Declaración de Helsinki se configura como una propuesta de principios éticos destinada a orientar a los médicos y a otras personas que lleven a cabo investigación en seres

¹² Véase SÁNCHEZ CARO, J., «Protección de los sujetos participantes. Postulados éticos en la investigación con seres humanos. Ensayos con menores e incapaces», *cit.*, pp. 57 y s.

¹³ Tal como ponen de manifiesto VEGA GUTIÉRREZ, J. / VEGA GUTIÉRREZ, J.M./MARTÍNEZ BAZA, P., *Experimentación humana en Europa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997, pp. 44 y ss. Particular importancia ostenta en este sentido el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) que dispone «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

¹⁴ Texto íntegro vigente de la declaración en ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, *Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos*, [en línea], 2008 [citado el 1 de octubre de 2011], disponible en Internet: [<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html>]

humanos. Se parte, por otro lado, del reconocimiento de que el progreso de la medicina se basa en la investigación, que, en muchas ocasiones, exige recurrir en último término a la experimentación con seres humanos. Además, se establece de manera expresa un principio que ha adquirido rango fundamental en la esfera de la bioética, como es el de que (en investigación médica en seres humanos) el bienestar de las personas debe tener siempre primacía sobre los restantes intereses (particularmente los de la ciencia y de la sociedad).

En el ámbito de los principios básicos para toda investigación médica se requiere que la experimentación en seres humanos se conforme con base en los principios éticos generalmente aceptados y se apoye en un profundo conocimiento de la bibliografía científica y en otras fuentes de información disponibles, así como en experimentos de laboratorio y en animales, cuando resulte oportuno. El desarrollo de una conciencia medioambiental a nivel internacional queda de manifiesto en la exigencia de que la experimentación tome en consideración su impacto sobre el medio ambiente, debiéndose prestar el cuidado debido con el fin de garantizar el bienestar de los animales utilizados en los experimentos. El apartado 14 ostenta una importancia fundamental pues implica la exigencia de que el proyecto y el método de todo estudio en seres humanos se describan claramente en un protocolo de investigación que debe hacer referencia a las consideraciones éticas atinentes al caso e indicar cómo se han considerado los principios enunciados en la Declaración. Asimismo debe incluir información sobre financiación, patrocinadores, afiliaciones institucionales, otros posibles conflictos de interés e incentivos para los sujetos participantes en el estudio y sobre las estipulaciones para tratar o compensar a las personas que han sufrido daños como consecuencia de su participación en la investigación. Finalmente, el mencionado documento debe describir los mecanismos para el acceso después del ensayo a intervenciones identificadas como beneficiosas en el estudio o el acceso a otra atención o beneficios apropiados. El protocolo ha de remitirse antes de comenzar el estudio, a efectos de su toma en consideración, comentario, consejo y aprobación, a un comité de evaluación ética independiente del investigador, patrocinador o de cualquier otro tipo de influencia indebida. Dicho comité ostenta el derecho a controlar los ensayos en curso, debiendo el investigador proporcionar información del control al comité, en especial sobre todo incidente adverso grave.

Por otro lado, la investigación médica en seres humanos debe ser llevada a cabo sólo por personas con la formación y calificación científicas apropiadas, requiriendo la investigación en pacientes o voluntarios sanos de la supervisión de un médico u otro profesional de la salud competente y calificado apropiadamente. La responsabilidad de la protección de las personas que toman parte en la investigación debe recaer siempre en un médico u otro profesional de la salud y nunca en los participantes de la investigación.

La Declaración de Helsinki exige específicamente que toda investigación médica en seres humanos sea precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y los costos para las personas y las comunidades que participen en la investigación, en comparación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas o comunidades afectadas por la enfermedad que se investiga. En este sentido, los médicos no deben participar en estudios de investigación en seres humanos a menos de que estén seguros de que los riesgos inherentes han sido adecuadamente evaluados y de que es posible hacerles frente de manera satisfactoria. Por otro lado, en el curso de las investigaciones médicas deben tomarse toda clase de precauciones para resguardar la intimidad de las personas que participan en las mismas y la confidencialidad de su información personal y para reducir al mínimo las consecuencias de la investigación sobre su integridad física, mental y social.

Partiendo del dato de que la participación de personas competentes en una investigación médica ha de ser voluntaria, un ulterior aspecto que procede destacar adecuadamente es el relativo al consentimiento informado, que debe obtenerse preferentemente por escrito –en cuyo defecto deberá ser documentado y atestiguado formalmente–, exigiéndose en materia de información un nivel adecuado a suministrar a los sujetos implicados (incluyendo los objetivos, métodos, fuentes de financiación, posibles conflictos de intereses, afiliaciones institucionales del investigador, beneficios calculados, riesgos previsibles e incomodidades derivadas del experimento, así como el derecho a participar o no y a retirar el consentimiento en cualquier momento).

En relación con los supuestos de incapacidad, la declaración dispone que cuando el individuo potencial sea incapaz, el investigador debe obtener el consentimiento informado del representante legal. No obstante, en el caso en el que una persona considerada incompetente por la ley, como es el caso de un menor de edad, sea capaz de asentir o rechazar su participación en la experimentación, el investigador debe obtener dicha conformidad, además del consentimiento del representante legal, debiéndose respetar el desacuerdo del individuo potencial. De cualquier manera, las personas incapaces no deben ser incluidas en una investigación que no presente posibilidades de beneficio para ellas, a menos que ésta tenga como objetivo promover la salud de la población representada por el individuo potencial y esta investigación no pueda realizarse en personas competentes e implique sólo un riesgo y costo mínimos. Por otro lado, se dispone que la experimentación en individuos que no son capaces física o mentalmente de otorgar consentimiento (así, pacientes inconscientes) se puede realizar sólo si la condición física o mental que impide otorgar el consentimiento informado es una característica necesaria de la población investigada. En dichas circunstancias el médico habría de solicitar el consentimiento informado al representante legal, si bien, de no encontrarse dicho representante disponible y de no poderse retrasar la investigación, el estudio podría llevarse a cabo sin consentimiento

to informado, siempre que las razones específicas para incluir a individuos con una enfermedad que no les permite otorgar consentimiento informado hayan sido estipuladas en el protocolo de la investigación y el estudio haya sido aprobado por un comité de ética de la investigación. En todo caso, el consentimiento para mantenerse en la investigación debería obtenerse a la menor brevedad posible del individuo o de un representante legal.

La declaración de Helsinki establece la existencia de obligaciones éticas por parte de los autores, directores y editores con respecto a la publicación de los resultados de su investigación. En relación con los autores se establece que tienen el deber de tener a disposición del público los resultados de su investigación en seres humanos y que son responsables de la integridad y exactitud de sus informes, debiendo aceptar las normas éticas de entrega de información. Se consigna igualmente la necesaria publicación tanto de los resultados negativos e inconclusos como de los positivos (habiendo, de lo contrario, de quedar a disposición del público). En todo caso, la publicación tiene que citar las fuentes de financiación, las afiliaciones institucionales y los conflictos de intereses.

Por último, la declaración recoge en su apartado C los principios aplicables cuando la investigación médica se combina con atención médica. En este sentido, se dispone que el médico puede combinar la investigación médica con la atención médica, sólo en la medida en que tal investigación acredite un justificado valor potencial preventivo, diagnóstico o terapéutico y si el médico tiene buenas razones para creer que la participación en el estudio no afectará de manera adversa a la salud de los pacientes que toman parte en la investigación. En este punto, uno de los aspectos que ha generado mayores interrogantes en la esfera científica es el relativo a la legitimidad del uso de placebo en el marco de las referidas investigaciones. La declaración de Helsinki dispone sobre el particular que los posibles beneficios, riesgos, costos y eficacia de todo procedimiento nuevo deben ser evaluados mediante su comparación con la mejor intervención probada existente, excepto en las siguientes circunstancias:

El uso de placebo, o de ningún tratamiento, en estudios para los que no exista intervención probada existente.

Cuando por razones metodológicas, científicas y apremiantes el uso de un placebo es necesario para determinar la eficacia y la seguridad de una intervención que no implique un riesgo, efectos adversos graves o daño irreversible para los pacientes que reciben el placebo o ningún tratamiento. En todo caso, la propia Declaración pone de manifiesto que se habrá de actuar con enorme cuidado para evitar abusos de esta opción.

Por otro lado, se establece que al término de la investigación todos los pacientes que participan en el estudio tienen derecho ser informados sobre sus resultados y a compartir cualquier beneficio, por ejemplo, acceso a intervenciones identificadas como beneficiosas en el estudio o a otra atención apropiada. Asimismo, el médico debe informar cabalmente al paciente de

los aspectos de la atención que tienen relación con la investigación, no cabiendo que la negativa del paciente a participar en una investigación o su decisión de retirarse perturbe la relación médico-paciente¹⁵.

El apartado 35 regula el uso compasivo del medicamento o producto o técnica objeto de ensayo estableciendo que cuando en la atención de un enfermo las intervenciones probadas hayan resultado ineficaces o no existan, el médico, después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado, podrá permitirse usar intervenciones no comprobadas, si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento.

El conjunto de principios referidos constituye el eje sobre el que se ha establecido el marco de investigación y experimentación humana, tanto en la esfera supranacional (Consejo de Europa, Unión Europea, etc.), como en la esfera comparada a nivel de las distintas democracias occidentales. Se puede concluir que dichos principios se han erigido en criterios generales informadores de los ordenamientos jurídicos en materia de investigación biomédica.

2.3. Informe Belmont.

Una ulterior etapa en este proceso de consolidación en la esfera internacional, por medio de instrumentos de naturaleza no jurídica, de principios en materia de experimentación humana, viene constituida por el informe Belmont del año 1978¹⁶. En el mismo se establecían los denominados «principios éticos básicos»¹⁷, que deben ser entendidos como aquellos criterios generales que sirven como justificación para muchos de los preceptos éticos particulares y evaluaciones de las acciones humanas. El referido informe fue fruto de la creación en 1974 en Estados Unidos de la National Commission for the protection of Human Subject of Biomedical and Behavioral Research (Comisión Nacional para la protección de los seres humanos sujetos a investigación biomédica y conductual) y se elaboró como respuesta a los casos

¹⁵ En este sentido, SÁNCHEZ CARO, J., «Protección de los sujetos participantes. Postulados éticos en la investigación con seres humanos. Ensayos con menores e incapaces», *cit.*, p. 59.

¹⁶ De acuerdo con GAFO el referido informe significó un verdadero espaldarazo a la incipiente Bioética y marcó un nuevo estilo en los enfoques metodológicos de esta disciplina, dejando de analizarse los problemas bioéticos de acuerdo con los códigos deontológicos y pasando a hacerlo en torno a los principios citados y a partir de procedimientos derivados de ellos. Véase GAFO, J., «Historia de una nueva disciplina: la Bioética», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Comares, Granada, 1998, p. 99.

¹⁷ Respecto a la clasificación cuatrimembre posterior, véase BEAUCHAMP, T.L./CHIL-DRESS, J. F., *Principles of biomedical ethics*, Oxford University Press, New York, 1979.

de utilización abusiva de seres humanos en experimentaciones científicas llevados a cabo en Estados Unidos¹⁸.

En primer lugar, se consigna el principio de respeto por las personas (también conocido como principio de autonomía). De manera general, ello implica tanto que los seres humanos deben ser tratados como entes autónomos como que las personas cuya autonomía se encuentra disminuida deben ser objeto de protección. El principio de respeto por las personas se divide en dos requerimientos morales distintos: por un lado, la exigencia de aceptar la autonomía y, por otro, la de proteger a aquellos con autonomía reducida. Como pone de manifiesto el propio Informe Belmont una persona autónoma es un individuo capaz de deliberación sobre sus objetivos personales y de actuar de acuerdo con dicha deliberación. Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y opciones de las personas autónomas a la vez que evitar la obstrucción de sus acciones salvo cuando son claramente perjudiciales para terceros. Mostar falta de respeto por un agente autónomo es repudiar los juicios de esa persona, denegar a un individuo la libertad de actuar sobre la base de dichos juicios u ocultarle información necesaria para realizar un juicio, cuando no existen razones justificadas para hacerlo. Como queda de manifiesto en virtud de la argumentación anterior, el principio de respeto por las personas entronca fundamentalmente con la cuestión del consentimiento informado, eje de la reflexión actual en materia de experimentación humana¹⁹, y aspecto incorporado como fundamental en la legislación comparada de la práctica totalidad de los países occidentales²⁰.

En segundo lugar, se consagra el principio de beneficencia. Se puede afirmar que el Informe Belmont contenía en este punto dos subprincipios: el de beneficencia y el de no maleficencia, pues se establecían tanto la exigencia de no hacer daño como la de extremar los posibles beneficios y minimizar los potenciales riesgos. De acuerdo con el Informe Belmont la máxima hipocrática «no hacer daño» ha sido un principio fundamental de la ética mé-

¹⁸ Tal como pone de manifiesto GONZÁLEZ-TORRE, A. P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, p. 236; el mismo, *Bioética y experimentación con seres humanos*, *cit.*, pp. 15 y ss.

¹⁹ Véase GAFO, J., «Historia de una nueva disciplina: la Bioética», *cit.*, p. 103.

²⁰ Según ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ actualmente el consentimiento informado ha sido elevado a la categoría de derecho humano fundamental. Así, para nuestro Tribunal Supremo el consentimiento informado encuentra su fundamento y apoyo en la misma Constitución española en la exaltación de la dignidad de la persona, pero sobre todo en la libertad, a partir del reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre diversas opciones vitales de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Véase ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., «El consentimiento informado, la intimidad y la confidencialidad de los datos del paciente en los ensayos clínicos, con especial referencia a las obligaciones en materia de protección de datos personales», en SÁNCHEZ CARO, J. / ABELLÁN, F. (Coordinadores), *Ensayos clínicos en España*, *cit.*, pp. 93 y ss.

dica y el propio Claude Bernard la extendió a la esfera de la investigación, afirmando que nadie debe lesionar a otra persona con independencia de los beneficios que puedan derivarse para terceros. En este sentido, cabe afirmar que el principio de beneficencia ostenta una importancia primordial a la hora de definir el rol del médico, si bien se ha puesto de manifiesto el peligro de que, aisladamente considerado, pueda conducir a actitudes paternalistas por parte de los profesionales de la salud²¹. De cualquier manera, las exigencias derivadas del principio de beneficencia afectan tanto a los investigadores individuales como a la sociedad en su conjunto, pues se extienden tanto a los proyectos de investigación particulares como al conjunto de la acción experimental a nivel social.

Por último, el informe Belmont configura como principio fundamental en este punto el de justicia, en un intento de determinar criterios válidos para la asignación de cargas y beneficios en el marco de la investigación con seres humanos. El propio informe acepta que diferencias fundadas en la experiencia, edad, privación, competencia, mérito y posición constituyen en ocasiones criterios que justifican un tratamiento diferencial para ciertos fines. Se citan igualmente una serie de formulaciones ampliamente aceptadas dirigidas a distribuir justamente cargas o beneficios. Dichas formulaciones serían las siguientes²²: 1) a cada persona una participación igual; 2) a cada persona de acuerdo con sus necesidades individuales; 3) a cada persona de acuerdo con sus esfuerzos individuales; 4) a cada persona de acuerdo con su contribución social; 5) a cada persona de acuerdo con sus méritos.

El principio de justicia ostenta una importancia decisiva en materia de experimentación²³, pues plantea cuestiones como la legitimidad del empleo de determinados grupos de sujetos (normalmente pertenecientes a las clases sociales más desfavorecidas o a minorías étnicas objeto de discriminación) en el marco de los procesos de investigación, redundando posteriormente los beneficios de manera ordinaria en favor de los grupos más acomodados²⁴.

²¹ Véase GAFO, J., «Historia de una nueva disciplina: la Bioética», *cit.*, pp. 101 y s.

²² Se refiere a los criterios sentados por el Informe Belmont en relación con el particular, SÁNCHEZ CARO, J., «Protección de los sujetos participantes. Postulados éticos en la investigación con seres humanos. Ensayos con menores e incapaces», *cit.*, p. 62.

²³ GONZÁLEZ-TORRE se muestra crítico con la plasmación, en materia de experimentación, del principio de justicia en el marco del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, pues si bien el Convenio establece en su art. 3 que las partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, habrán de adoptar las medidas adecuadas con el fin de garantizar un acceso igualitario a los beneficios de una sanidad de calidad apropiada, ello no es objeto de concreción posterior en relación con la investigación con seres humanos. Véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, p. 248.

²⁴ Acertadamente, GONZÁLEZ-TORRE pone de manifiesto una problemática ulterior que atenta contra el principio de justicia, consistente en la posibilidad, en el marco de in-

A tratar de erradicar dichas prácticas viene el referido principio de justicia cuya relevancia en esta esfera resulta indubitada.

Otro aspecto relevante relacionado con el principio antedicho es el desarrollo de ensayos clínicos en países emergentes (o incluso subdesarrollados) con el fin de eludir las exigencias más estrictas para la realización de los mismos en países desarrollados (fundamentalmente desde el punto de vista de la normativa aplicable) siendo posteriormente los beneficiarios primarios (y en muchas ocasiones exclusivos) de dichos nuevos productos o técnicas los habitantes del llamado primer mundo.

2.4. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (19 octubre de 2005)²⁵.

De acuerdo con su artículo 1 (Alcance) dicha declaración trata las cuestiones vinculadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. Si bien la declaración se orienta primariamente a los estados y ostenta un carácter eminentemente transnacional²⁶, también establece criterios, cuando procede, para guiar las decisiones de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas (tanto públicas como privadas).

Entre los objetivos de la declaración el artículo 2 incluye el reconocimiento de la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en la

investigaciones terapéuticas con importantes expectativas de éxito, de que determinadas minorías desfavorecidas se encuentren discriminadas en el desarrollo de dicha experimentación. Resulta, por ello necesario, que todos los segmentos sociales (por ejemplo, mujeres y minorías) participen de las investigaciones y estén representados en ellas, en atención a los posibles beneficios que se derivarán de los ensayos. Muchas veces estas personas serán tentadas para participar en ensayos no terapéuticos, pero difícilmente se encontrarán entre los grupos en los que se experimentan terapias innovadoras. Véase GONZÁLEZ-TORRE, A.P., *Bioética y experimentación con seres humanos*, cit., pp. 82 y ss.

²⁵ En la esfera de la UNESCO cabe mencionar igualmente la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (11 de noviembre de 1997), que aborda oportunamente las cuestiones vinculadas con la investigación sobre el genoma humano y las condiciones de ejercicio de la actividad científica.

²⁶ Para una ampliación sobre el particular véase ROMEO CASABONA, C.M. / DE MIGUEL BERIAIN, I., «Ámbito de aplicación de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *Hacia una Bioética Universal. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, Instituto Roche-Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, [en línea], Bilbao, 2006 [citado el 1 de octubre de 2011], pp. 11 y ss., disponible en Internet: [http://www.catedraderechoygenomahumano.es/imagenes/monografias/Revista_UNESCO.pdf]

Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 2, apartado d). En cuanto a los principios de la declaración directamente aplicables en la esfera de la investigación científica en el ámbito de la salud humana cabría citar los de respeto a la dignidad humana y los derechos humanos (art. 3)²⁷, potenciación de los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en la investigación y otras personas concernidas y reducción al máximo de los efectos nocivos para las personas (art. 4), autonomía y responsabilidad individual (art. 5), consentimiento (art. 6) incluyendo las oportunas previsiones en relación con las personas que carecen de la capacidad para consentir (art. 7), respeto a la vulnerabilidad humana y a la integridad personal (art. 8), privacidad y confidencialidad (art. 9), igualdad, justicia y equidad (art. 10), no discriminación y no estigmatización (art. 11), respeto de la diversidad cultural y del pluralismo (art. 12), solidaridad y cooperación (art. 13), responsabilidad social y salud (art. 14), aprovechamiento compartido de los beneficios (art. 15), protección de las generaciones futuras (art. 16) y protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad (art. 17). Por otro lado, especial importancia en el contexto de la investigación con seres humanos ostenta el art. 19 de la Declaración que establece que se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras, entre otros aspectos, a evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos. Asimismo, el art. 22.2 de la Declaración dispone que los estados deberían alentar la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas²⁸.

2.5. Documentos del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS), de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Conferencia Internacional sobre Armonización de los Requerimientos Técnicos para el Registro de Fármacos de Uso Humano (ICH).

El Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) es una organización internacional no gubernamental que tiene re-

²⁷ En este plano, NICOLÁS JIMÉNEZ destaca acertadamente la importancia de la plasmación en el art. 3.2 de la Declaración del principio de primacía del ser humano (utilizando una dicción literal similar a la empleada por el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa), véase NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «La medicina individualizada frente a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *Hacia una Bioética Universal. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, cit., p. 32.

²⁸ En este sentido, véase ROMEO MALANDA, S., «Impacto de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *Hacia una Bioética Universal. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, cit., p. 38.

laciones oficiales con la Organización Mundial de la Salud, habiendo sido fundada bajo los auspicios de la propia OMS y de la UNESCO en 1949. La CIOMS ha elaborado distintos documentos relevantes en el ámbito de los criterios éticos para el desarrollo de investigación biomédica en seres humanos. Por un lado, las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos (Ginebra, 2002)²⁹ y, por otro, las Guías Operacionales para Comités de Ética que evalúan Investigación Biomédica (Ginebra, 2000). Las primeras se dirigen a orientar, particularmente a los países de escasos recursos, en la definición de pautas nacionales sobre ética de la investigación biomédica, aplicando estándares éticos en condiciones locales y estableciendo o redefiniendo mecanismos adecuados para la evaluación ética de la investigación en humanos. Dicho texto establece principios éticos generales, un preámbulo y 21 pautas con una introducción y una breve descripción de anteriores instrumentos y criterios³⁰.

Específicamente en la esfera de los ensayos clínicos en relación con productos farmacéuticos la OMS elaboró las Pautas para Buenas Prácticas Clínicas en Ensayos de Productos Farmacéuticos (1995)³¹, cabiendo citar en dicho ámbito igualmente las Pautas de la Conferencia Internacional sobre armonización de los requerimientos técnicos para el registro de fármacos para uso humano³².

2.6. Normativa comunitaria y española sobre ensayos clínicos con medicamentos de uso humano y productos sanitarios.

Si bien del ámbito del Título II de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos) quedan excluidos los ensayos clínicos en la esfera del medicamento y los productos sanitarios, objeto de una regulación específica en virtud de la legislación sectorial, procede en este punto poner de

²⁹ La versión de 2002 constituye la tercera existente, tras la de 1982 (Propuesta de Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos) y la de 1993.

³⁰ Véase CONSEJO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE LAS CIENCIAS MÉDICAS (CIOMS) / ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos*, [en línea], Ginebra, 2002 [citado el 1 de octubre de 2011], disponible en Internet: [http://www.ub.edu/rceue/archivos/Pautas_Eticas_Internac.pdf]

³¹ Véase WORLD HEALTH ORGANISATION, *Guidelines for Good Clinical Practice (GCP) for trials on pharmaceutical products*, [en línea], 1995 [citado el 1 de octubre de 2011], disponible en Internet: [<http://www.who.int/medicinedocs/collect/medicinedocs/pdf/whozip13e/whozip13e.pdf>]

³² Véase INTERNATIONAL CONFERENCE ON HARMONISATION OF TECHNICAL REQUIREMENTS FOR REGISTRATION OF PHARMACEUTICAL FOR HUMAN USE (ICH), *Guidelines*, [en línea], [citado el 6 de diciembre de 2010], disponible in Internet: [<http://www.ich.org/cache/compo/276-254-1.html>]

manifiesto la existencia de una profusa normativa tanto a nivel de la Unión Europea como en la esfera interna (básicamente, trasponiendo las disposiciones comunitarias y adaptándolas a la realidad española) en relación con el particular, cuya analogía con la materia estudiada resulta importante.

En el marco de la Unión Europea la cuestión de los ensayos clínicos con medicamentos de uso humano ha sido objeto de oportuna regulación en virtud de la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano³³ y de la Directiva 2005/28/CE de la Comisión, de 8 de abril de 2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos.

A nivel español, el referido acervo comunitario ha sido objeto de la oportuna recepción en virtud de la Ley 29/2006, de 29 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios³⁴ y del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos³⁵. En este sentido, el Título III de la Ley 29/2006 (De las garantías de la investigación de los medicamentos de uso humano) regula los ensayos clínicos con medicamentos. La propia Exposición de Motivos de la ley destaca como novedad y como garantía de transparencia, la posi-

³³ Actualmente la misma se encuentra en proceso de revisión. En relación con el particular, véase EUROPEAN COMMISSION-HEALTH AND CONSUMERS DIRECTORATE-GENERAL, *Revision of the 'Clinical Trials Directive' 2001/20/EC. Concept paper submitted for public consultation*, [en línea], Bruselas, 09/02/2011 [citado el 1 de octubre de 2011], disponible in Internet: [http://ec.europa.eu/health/files/clinicaltrials/concept_paper_02-2011.pdf]

³⁴ Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (*Boletín Oficial del Estado*, 27 de julio de 2006, n° 178) cuyo título III aborda, bajo la rúbrica «De las garantías de la investigación de los medicamentos de uso humano», los ensayos clínicos con medicamentos. Dicha ley derogó la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (*Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre de 1990, n° 306).

³⁵ Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (*Boletín Oficial del Estado*, 7 de febrero de 2004, n° 33), que supuso la incorporación a la normativa nacional de la Directiva 2001/20/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Respecto a los estudios observacionales en la esfera del medicamento, véase el Real Decreto 1344/2007, de 11 de octubre, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano (*Boletín Oficial del Estado*, 1 de noviembre de 2007, n° 262) –en concreto, en el ámbito de los estudios post-autorización-.

bilidad de que la Administración sanitaria pueda publicar los resultados de los ensayos clínicos cuando dicha publicación no se haya llevado a cabo por el promotor en plazo y siempre que los mencionados resultados permitan concluir que el producto presenta modificaciones de su perfil de eficacia o de seguridad; y ello, porque se toma en especial consideración el interés que, tanto para los pacientes que han participado en el ensayo como para los médicos y para la población en general, reviste el poder conocer los resultados del mismo, si de éstos se deriva que el medicamento plantea problemas de eficacia o de seguridad. Como eje de todo ensayo clínico en esta esfera se establece el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica (siguiéndose a estos efectos los de la Declaración de Helsinki), y la necesidad de que se cumplan las normas de buena práctica clínica como requisitos indispensables para garantizar la idoneidad del ensayo. Del mismo modo se mantienen las garantías de indemnización para los sujetos que pudieran verse perjudicados por su participación en los ensayos clínicos mediante la exigencia del aseguramiento previo de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de aquéllos. En este sentido, el art. 61 Ley 29/2006 establece para los ensayos clínicos con medicamentos un régimen de responsabilidad del promotor, investigador y el centro u hospital en que se hubiera llevado a cabo análogo al que la Ley de Investigación Biomédica configura para el caso de experimentaciones que impliquen procedimientos invasivos en seres humanos.

Específicamente en relación con la práctica de ensayos clínicos con medicamentos en nuestro país ostenta particular relevancia el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que supuso la incorporación a la normativa nacional de la Directiva 2001/20/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Desde el punto de vista de su contenido, el referido Real Decreto supone el necesario desarrollo por vía reglamentaria de la legislación (en sentido estricto) concurrente en dicha esfera³⁶.

³⁶ En este sentido, procede poner de manifiesto la aplicación tanto de la Ley 29/2006 como del Real Decreto 223/2004 a la esfera de los ensayos clínicos con productos sanitarios a tenor de la disposición adicional 3ª de la ley (*Aplicación de la Ley a los productos sanitarios, de higiene personal y cosméticos*. «1. De conformidad con lo dispuesto en esta Ley, se determinarán reglamentariamente las condiciones y requisitos que cumplirán los productos sanitarios para su fabricación, importación, investigación clínica, distribución, comercialización, puesta en servicio, dispensación y utilización, así como los procedimientos administrativos respectivos, de acuerdo con lo establecido en la normativa de la Unión Europea») y de la disposición adicional única del Real Decreto 223/2004 (*Ensayos clínicos con productos sanitarios*. «Los ensayos clínicos con productos sanitarios se registrarán por los principios recogidos en este Real Decreto en lo que les resulte de aplicación»).

Si bien la normativa anterior se refiere exclusivamente al ámbito de los ensayos clínicos con medicamentos de uso humano así como con productos sanitarios, ostenta incidencia en nuestra materia de estudio por la analogía con la regulación existente para los ensayos clínicos no farmacológicos.

3. EL ANTECEDENTE INMEDIATO: LA CONVENCION DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LA BIOMEDICINA Y SU PROTOCOLO ADICIONAL RELATIVO A LA INVESTIGACION BIOMÉDICA DE 25.1.2005.

3.1. La Convención del Consejo de Europa sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina.

El capítulo V del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa se dedica a la investigación científica. Tras establecer en su art. 15 la regla general en virtud de la cual se consagra la libertad de investigación específicamente en el ámbito de la medicina y la biología (si bien, como resulta obvio, dicha libertad no es absoluta, pues se encuentra limitada por los derechos fundamentales de los individuos implicados), el art. 16 establece los criterios de protección de las personas que se someten a un experimento y el art. 17 hace lo propio en relación con las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento a un experimento. Finalmente, el art. 18 se consagra a la experimentación con embriones *in vitro*, cuestión que queda fuera del objeto del presente trabajo y da lugar a una problemática específica abordada de manera suficientemente amplia por la doctrina nacional y comparada (así, en relación con la utilización de embriones sobrantes con fines de investigación o la mal denominada clonación terapéutica –en su caso, clonación para investigación–).

Otros preceptos del Convenio de Biomedicina relevantes en relación con la investigación biomédica son el art. 2 (que establece que el interés y el bienestar del ser humano deben prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia), el art. 4 (prescribe para toda intervención en el ámbito de la sanidad, incluyendo la experimentación, el respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables a cada caso), art. 5 (exigencia de consentimiento informado en la esfera sanitaria), art. 21 (proscripción de que el cuerpo o sus partes sean fuente de aprovechamiento) y art. 24 (derecho de toda persona que ha sufrido un daño injustificado a resultas de una intervención a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley)³⁷.

De manera específica, en su capítulo V el Convenio de Oviedo exige una serie de condiciones para la práctica de investigaciones con seres humanos (art. 16):

³⁷ En este sentido, GONZÁLEZ-TORRE, A. P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, p. 236.

la inexistencia de un método alternativo al experimento con seres humanos de eficacia comparable. Ello implicaría que la investigación no deberá ser autorizada si resultados análogos pueden ser obtenidos por otros medios. De acuerdo con el Informe Explicativo a la Convención³⁸ tampoco debe autorizarse el recurso a métodos invasivos si otros métodos no invasivos o menos invasivos pueden ser empleados con efectos similares.

Que los riesgos en que puede incurrir la persona no sean desproporcionados en relación con los beneficios esperables del experimento.

Aprobación del proyecto por parte de una autoridad competente³⁹ después de haber realizado un estudio sobre su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del experimento, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético.

Información adecuada suministrada a la persona que se presta al experimento en relación con sus derechos y las garantías previstas por la ley para su protección.

Consentimiento otorgado libre, expresamente y por escrito con posibilidad de revocación del mismo en todo momento. De acuerdo con dicha previsión no resultaría suficiente en esta esfera un consentimiento tácito.

En cuanto a la protección de las personas que no tengan capacidad para prestar su consentimiento a un experimento, el art. 17 Convenio de Oviedo establece que únicamente podrá llevarse a cabo una investigación sobre dichos sujetos bajo las siguientes premisas:

Que se cumplan los requisitos fijados en el art. 16 (arriba citados) con excepción del relativo al consentimiento, que, por definición, en este caso no puede ser prestado válidamente.

Que los resultados previstos supongan un beneficio real y directo para su salud.

Que el experimento no pueda realizarse con eficacia comparable en individuos que puedan prestar su consentimiento. Ello implica que el recurso a personas incapaces para prestar su consentimiento debe constituir la única posibilidad, no resultando suficiente con que no se encuentren voluntarios entre personas capaces.

Que se haya dado específicamente y por escrito la autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.

³⁸ COUNCIL OF EUROPE, *Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Explanatory Report*, [en línea], 1997 [citado el 1 de octubre de 2011], apartado 98, disponible en Internet: [<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm>]

³⁹ El Convenio en este punto no concreta las características de la instancia de control a que se refiere, tal como pone de manifiesto GONZÁLEZ-TORRE, A. P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, p. 237.

Que la persona no exprese su rechazo al mismo.

Incluso puede prescindirse del requisito del beneficio directo para el sujeto del experimento en el caso de sujetos que no pueden prestar su consentimiento⁴⁰, siempre que se den el resto de condiciones mencionadas, y que además, por un lado, el experimento suponga para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo, y por otro lado, tenga por objeto, mediante una mejora significativa del conocimiento del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o trastorno, o que presenten las mismas características.

La distinción que traza el art. 17 Convenio entre supuestos de beneficio directo para el sujeto sometido a experimentación frente a casos donde el mismo no concurre nos remite a la importante diferenciación entre investigación terapéutica y no terapéutica. Siguiendo a González-Torre⁴¹ cabe conceptualizar la primera como la aplicación a pacientes específicos de tratamientos cuya eficacia no ha sido establecida desde el punto de vista científico pero que se espera tengan un efecto positivo sobre la situación del enfermo, mientras que en el segundo caso se pretende la obtención de un conocimiento científico que no supone un beneficio directo para la persona sometida al ensayo. La importancia de la diferenciación radica en la ponderación del riesgo asumible, lógicamente mayor cuando se presume la producción, en caso de éxito del ensayo, de un efecto beneficioso en el participante. La delimitación antedicha no es acogida de manera genérica en el Convenio, si bien subyace al criterio que acoge el art. 17 Convenio específicamente en la esfera de la experimentación con incapaces, limitando en casos de investigación no terapéutica la admisibilidad de la misma a los casos en los que implique un riesgo y carga mínimos⁴².

En principio, la investigación biomédica a desarrollar deberá respetar los postulados anteriores que constituyen el marco genérico establecido por

⁴⁰ De acuerdo con GONZÁLEZ-TORRE algunos autores han empleado la habilitación del art. 17 Convenio en relación con la posibilidad de investigar con personas incapaces (no exigiéndose de manera absoluta el beneficio directo para el sujeto participante) para afirmar que nos encontramos ante un caso en el que el interés social prevalece sobre el de los sujetos individuales. Véase GONZÁLEZ-TORRE, A.P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, p. 236. Como se ha puesto de manifiesto *supra*, en la línea de proscribir de manera absoluta la investigación con sujetos incapaces se pronunciaba el Código de Nüremberg.

⁴¹ Véase GONZÁLEZ-TORRE, A.P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, pp. 252 y s.

⁴² Asimismo, resulta de interés establecer la distinción entre investigación terapéutica y práctica médica habitual. En este sentido, véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., *Bioética y experimentación con seres humanos*, *cit.*, pp. 41 y ss.

el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina en relación con el particular. No obstante, la existencia de un Protocolo destinado a abordar específicamente esta materia añade requisitos ulteriores, que dado que han sido mayoritariamente asumidos por la legislación española posterior, procede tomar oportunamente en consideración⁴³.

3.2. Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina, relativo a la Investigación Biomédica.

En desarrollo de esta normativa, el Consejo de Europa abrió a la firma el 25.1.2005 el Protocolo Adicional al Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina, relativo a la investigación biomédica, que cuenta en la actualidad con 22 estados firmantes (entre los cuales no se encuentra España) y con 7 ratificaciones⁴⁴, entrando en vigor en dichos estados el 1 de septiembre de 2007 (salvo Georgia que ratificó posteriormente y para la que entró en vigor el 1 de agosto de 2008 y Turquía que ratificó el 21/9/2011 y donde la entrada en vigor fue a fecha 1/1/2012).

El referido Protocolo se compone de cuarenta artículos integrados en doce capítulos (Objeto y ámbito de aplicación; Disposiciones generales; Comités de Ética; Información y consentimiento; Protección de las personas incapaces de consentir a la investigación; Situaciones específicas; Seguridad y supervisión; Confidencialidad y derecho a la información; Investigación en países no partes del Protocolo; Infracción de las disposiciones de este Protocolo; Relación entre este Protocolo y otras disposiciones y reexamen de este Protocolo; Cláusulas finales). El Protocolo se refiere a todas las actividades de investigación en el ámbito de la salud que impliquen intervenciones⁴⁵

⁴³ Como pone de manifiesto acertadamente GONZÁLEZ-TORRE el Convenio es un Convenio marco que establece normas generales comunes, dejando para los protocolos adicionales la regulación de cuestiones más detalladas, como en este caso la investigación biomédica. Véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, p. 234.

⁴⁴ Datos a 16 de mayo de 2012.

⁴⁵ A efectos del Protocolo se entiende por intervención, tanto aquellas de naturaleza física, como cualquier otra en la medida en que implique un riesgo para la salud psicológica de la persona afectada. Por lo tanto, el término intervención se emplea aquí en un sentido amplio, incluyendo cuestionarios, entrevistas e investigaciones observacionales que tengan lugar en el contexto de un protocolo de investigación biomédica si implican un peligro de naturaleza psicológica. De acuerdo con el Informe Explicativo al Protocolo, cuestionarios o entrevistas pueden conllevar un riesgo para la salud psicológica del participante en la investigación si incluyen preguntas de naturaleza íntima capaces de resultar en un daño psicológico. No obstante, en este contexto, una angustia emocional leve y temporal no habría de ser considerada como daño psicológico. COUNCIL OF EUROPE, *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomedical Research. Explanatory Report*, [en línea], 2005 [citado el 1 de octubre de 2011], apartado 17, disponible en Internet: [<http://conventions.coe.int/Treaty/>]

en seres humanos (integrando en dicha esfera a embriones y fetos in vivo), excluyendo la experimentación con embriones in vitro.

En este punto, cabe distinguir entre investigación médica y práctica médica innovativa, derivada de la intención que subyace a la intervención. En el caso de la práctica médica la única finalidad es la de beneficiar al paciente individual, no la obtención de conocimiento para beneficio general, a pesar de que dicho conocimiento puede emerger de la experiencia clínica obtenida. En el caso de la investigación biomédica la intención primaria es la de mejorar el conocimiento de manera que los pacientes en general puedan beneficiarse del mismo. No obstante, un individuo participante en la investigación puede no beneficiarse de aquella.

El capítulo II del Protocolo Adicional establece las disposiciones generales y contiene criterios comúnmente aceptados en la esfera de las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos. De esta manera se consagran la primacía de los intereses del ser humano sobre los de la sociedad y la ciencia (art. 3), la libertad de investigación sujeta a las previsiones del protocolo y demás disposiciones legales destinadas a garantizar la protección del ser humano (art. 4), la ausencia de alternativas de efectividad comparable (art. 5), la exigencia de que la investigación no implique para el sujeto riesgos y cargas desproporcionados a sus beneficios potenciales (art. 6), la necesidad de que todo proyecto de investigación sea aprobado por el órgano competente tras un examen independiente acerca de su valor científico (art. 7) y, finalmente, el requerimiento de que la experimentación se encuentre científicamente justificada (art. 8).

Particular relevancia ostenta el art. 6 Protocolo pues da acogida, como principio general en materia de investigación en seres humanos, a la distinción entre experimentación con beneficio directo para los participantes (investigación terapéutica) y aquella que no implica tal beneficio (investigación no terapéutica), admitiendo un mayor nivel de riesgo en la primera dado el efecto sobre la salud del sujeto sometido al ensayo que en el caso de la segunda⁴⁶. Con carácter general el precepto referido establece que la investigación no puede implicar para el ser humano riesgos y cargas desproporcionados a su potencial beneficio, pero matiza adicionalmente, en relación con los casos de investigación que no tienen un potencial de producir

EN/Reports/Html/195.htm]

⁴⁶ Como pone de manifiesto DEUTSCH la diferenciación tiene su razón de ser porque en cualquier experimentación de tipo científico (no terapéutica) se deben ponderar los riesgos que supone para el sujeto sometido a ella frente al beneficio que suponga para la ciencia en general. Al ser conceptos totalmente distintos lo anterior no resultará fácil. Por otro lado, en la experimentación terapéutica los riesgos y beneficios para los pacientes que toman parte en el ensayo están situados al mismo nivel. Véase DEUTSCH, E., «La declaración de Helsinki y la Convención Europea de Bioética. Problemas asociados a la regulación de la experimentación médica», *cit.*, p. 187.

un beneficio directo en la salud de los sujetos participantes, que la misma no podrá llevarse a cabo más que si no supone ningún riesgo o carga inaceptable para los participantes.

El capítulo III del Protocolo se dedica a los Comités de Ética (que, en España, al amparo de la Ley de Investigación Biomédica se denominan Comités de Ética de la Investigación). En este sentido se exige en el art. 9 el sometimiento de todo proyecto de investigación a un examen independiente sobre su aceptabilidad ética por parte de un Comité de Ética, siendo el objeto del análisis multidisciplinar referido el garantizar la dignidad, los derechos, la seguridad y el bienestar de los participantes en la investigación. La conclusión a la que llegue el Comité mencionado debe encontrarse debidamente fundada. En relación con este precepto ostenta enorme importancia precisar el alcance del concepto de multidisciplinariedad, que necesariamente debe atender al equilibrio en cuestiones tales como la composición de los comités citados con base en criterios como género y diversidad cultural y no sólo a la formación en distintas áreas científicas o académicas de sus integrantes.

Un aspecto fundamental en relación con el trabajo de los Comités de Ética es garantizar su independencia, cuestión expresamente establecida en el art. 10 Protocolo, impidiéndose que su actuación se encuentre indebidamente mediatizada por influencias externas inadecuadas. Asimismo, se impone a los miembros de los Comités la declaración de cualquier circunstancia que pueda conducir a un conflicto de intereses. Finalmente, se establece que toda la información necesaria para la evaluación ética del proyecto de investigación debe ser suministrada por escrito al Comité de Ética correspondiente (art. 11). El propio Protocolo contiene un apéndice en el que se explicita el conjunto de la información que ha de ser trasladada al Comité de Ética (agrupada en los siguientes bloques: descripción del proyecto; participantes, consentimiento e información y otras informaciones) al amparo de lo previsto en el art. 11.

En virtud del art. 12 Protocolo se establece la proscripción de influencias indebidas, incluyendo las de naturaleza económica, en relación con los sujetos participantes en la investigación. La cuestión citada ostenta particular relevancia en aquellas situaciones en las que un sujeto confía en otro (así, típicamente en la relación doctor/paciente cuando el primero es a su vez investigador) pudiéndose ejercer presión sobre el segundo para que participe en la experimentación. El Informe Explicativo al Protocolo pone de manifiesto que en dichas situaciones la mejor práctica consistirá en solicitar el consentimiento por parte de un tercero neutral o en la recepción de la contestación por parte de este último en relación con la participación en la investigación. No obstante, se admite la previsión de algún tipo de compensación para los participantes sin que ello pueda considerarse influencia indebida, siempre que la misma resulte adecuada a las cargas e inconvenientes generados y que no suponga un incentivo a asumir riesgos que de otra forma no se considerarían aceptables. En todo caso, en esta materia debe prestarse

particular atención en los casos de personas dependientes (privados de libertad, estudiantes, p.ej. de medicina, militares, trabajadores sanitarios, etc.) y vulnerables con el fin de evitar toda influencia indebida, que resulta más factible en estos casos.

De cualquier manera, la cuestión de la posible remuneración/compensación (en este caso, el eufemismo de los términos encubre la voluntad de legitimar una práctica sin la cual el desarrollo de muchos ensayos clínicos sería del todo imposible) de los sujetos participantes en una investigación resulta problemática, pues es evidente que particularmente en experimentaciones sin beneficio directo para los participantes, la existencia de alguna forma de incentivo dinerario constituye una razón importante para que muchos sujetos tomen parte en la misma⁴⁷. No obstante, la legislación tanto supranacional (art. 21 Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que proscribía que el cuerpo humano o sus partes sean fuentes de aprovechamiento) como nacional se muestran absolutamente contrarias a la admisión de toda forma de remuneración en este ámbito, aceptándose exclusivamente la compensación de las molestias causadas como consecuencia de la participación en la experimentación.

El capítulo IV aborda los aspectos relativos a la información y al consentimiento, cuestiones centrales en el marco de la investigación biomédica directamente vinculadas con el principio de respeto a la persona o autonomía. En particular, se establece la necesidad de que los sujetos participantes en la experimentación reciban información adecuada de manera comprensible, debiendo la misma ser documentada. La información debe extenderse al objetivo, el plan general y a los riesgos y beneficios posibles del proyecto de investigación y debe incluir la opinión del Comité de Ética. Ulterior información específica a suministrar viene establecida en el art. 13 Protocolo. En relación con el particular, procede poner de manifiesto la importancia de que la información suministrada no resulte meramente generalista, sino que pormenore al sujeto cuestiones como los riesgos a asumir en virtud de la intervención proyectada en sus circunstancias concretas y personales (atendiendo para ello a factores como edad o patología subyacente). Asimismo, la información debe ser transmitida de manera adecuada a las características del sujeto receptor, tomando en consideración su edad, formación, etc.

Finalmente en materia de consentimiento el art. 14 exige que el mismo sea libre, expreso, informado, específico y documentado, proscribiendo que el rechazo a consentir o la retirada del mismo pueda dar lugar a forma alguna de discriminación. Resulta particularmente interesante que dicho precepto establezca la necesidad de llevar a cabo los ajustes procedentes en el caso de sujetos cuya capacidad para consentir pueda resultar dudosa con el fin de comprobar la efectiva concurrencia de dicha capacidad. De acuerdo con

⁴⁷ En este sentido, véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., «Investigación científica (Capítulo V)», *cit.*, p. 250.

el Informe Explicativo al Protocolo dicha previsión abarca a las personas que no hayan sido declaradas incapaces para prestar su consentimiento por un órgano judicial, pero cuya capacidad para consentir resulte cuestionable debido a un accidente o a un estado persistente o que ha empeorado. En todo caso, el precepto no exigiría que los ajustes establecidos específicamente para estos supuestos se desarrollaran en todo caso en el marco de los tribunales de justicia, pudiendo ser implementados con arreglo a los estándares profesionales.

El Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, relativo a la Investigación Biomédica, regula en sus capítulos V y VI las cuestiones relacionadas con la protección de las personas incapaces para prestar su consentimiento y una serie de situaciones específicas, respectivamente.

En relación con el primero de los puntos referidos, el art. 15 exige un conjunto de condiciones para poder desarrollar investigaciones en personas incapaces (siendo estos requisitos sustancialmente los mismos que los establecidos en la Ley de Investigación Biomédica, por lo que serán objeto de oportuno desarrollo en dicho apartado). Por otro lado, en relación con la investigación con incapaces el art. 16 viene a concretar la información previa a suministrar (tanto a la persona encargada de prestar su consentimiento como al sujeto afectado, a pesar de que este último no se encuentre en situación de prestar su consentimiento, salvo que no pueda recibir dicha información), mientras el art. 17 define los conceptos de mínimo riesgo y mínima carga en el marco de la experimentación con seres humanos (condición requerida, entre otras, por el art. 15.2 Protocolo para llevar a cabo investigación en incapaces que no produzca beneficio directo en la salud de los mismos). En este sentido, se considera que el riesgo es mínimo si, tomando en consideración la naturaleza y la dimensión de la intervención, resulta esperable que producirá, a lo sumo, un impacto negativo en la salud de la persona afectada leve y temporal. Por otro lado, la mínima carga se daría si resulta esperable que el malestar será, como mucho, temporal y muy leve para el sujeto concernido. Al concretar el grado de carga para el individuo, una persona que goce de su confianza puede evaluarla cuando se estime apropiado. El Informe Explicativo al Protocolo considera como ejemplos de investigaciones con mínima carga y riesgo las siguientes:

obtención de fluidos corporales sin intervención invasiva (saliva, muestras de orina, etc).

Cuando se están obteniendo muestras de tejidos, por ejemplo, durante una intervención quirúrgica, tomar pequeñas muestras suplementarias.

Tomar una muestra de sangre de una vena periférica o una muestra de sangre capilar.

Extensiones menores de medidas diagnósticas no invasivas empleando equipamiento técnico, como exámenes sonográficos, electrocardiogramas tras reposo, una exposición a rayos X, etc.

No obstante, podrían existir participantes para los cuales algunos de estos procedimientos no impliquen un riesgo o carga estimable como meramente mínimo. Por ello, la concreción de dichos aspectos debe realizarse sobre una base individual.

En materia de situaciones específicas (Capítulo VI Protocolo) se regulan de manera particular las investigaciones durante el embarazo y la lactancia (art. 18), aquellas practicadas en personas en situación de emergencia clínica (art. 19) y las llevadas a cabo en personas privadas de libertad (art. 20).

Respecto del primer supuesto citado, el artículo 18 protege a la mujer, feto y al embrión in vivo durante el embarazo, así como a la mujer lactante sometida a investigación. El precepto implica que si los resultados de la experimentación no tienen potencial de beneficio directo para la salud de la mujer, embrión, feto o del niño después del nacimiento no puede existir más que una carga y riesgo mínimo. Además, en este supuesto y con respecto a mujeres embarazadas, la investigación debe ir dirigida a beneficiar a otras mujeres en relación con la reproducción o a otros embriones, fetos o niños y sólo será aceptable si dicha investigación no puede realizarse en mujeres que no se encuentren en dicho estado. Asimismo, se establece que si la experimentación se lleva a cabo en una mujer lactante, deben adoptarse particulares cautelas para evitar cualquier impacto adverso en la salud del niño.

Particular relevancia ostenta el capítulo VII del Protocolo Adicional relativo a la seguridad y la supervisión. En este punto, el art. 21 se refiere a la minimización de riesgos y cargas, ámbito en el que se incluye la necesidad de que la investigación se lleve a cabo únicamente bajo la supervisión de un profesional clínico que posea la cualificación y le experiencia precisa. Por otro lado, el art. 22 aborda la evaluación del estado de salud de los sujetos participantes, exigiendo de los investigadores la adopción de todas las medidas necesarias para la comprobación del estado de salud de los potenciales participantes en la investigación con carácter previo a su inclusión en la misma, a fin de excluir a aquellos sometidos a un riesgo importante. En este sentido, el Informe Explicativo al Protocolo pone de manifiesto que las medidas necesarias pueden incluir un examen clínico de los sujetos, pero ello no resultará necesario en todos los casos. Asimismo, se establece que cuando la investigación se lleve a cabo en personas en edad fértil debe prestarse especial atención al posible impacto negativo en un embarazo actual o futuro y en la salud del embrión, feto o niño.

Una ulterior previsión en relación con el desarrollo de las investigaciones se establece en el art. 23 dedicado a la no interferencia con las intervenciones clínicas necesarias, impidiendo que la investigación demore o prive a los individuos sometidos a la misma de los procedimientos preventivos, diagnósticos o terapéuticos precisos. En el caso de investigación asociada con la prevención, diagnóstico o tratamiento, los participantes asignados a grupos de control deben tener asegurado el acceso a métodos probados de

prevención, diagnóstico o tratamiento⁴⁸. Por lo tanto, es de esperar que se emplee un método contrastado de tratamiento disponible en el país o región (entendida como un conjunto de países vecinos o incluso como un área más amplia) de referencia. Asimismo, se establece en relación con el uso de placebo, la admisibilidad del recurso al mismo únicamente cuando no exista un método de efectividad comprobada o cuando la renuncia o la retirada de tales métodos no represente un riesgo o carga inaceptable para el paciente. Este último aspecto (carácter aceptable o no del riesgo o carga) debe ser establecido por el Comité de Ética y por el organismo competente correspondiente.

Finalmente se prevé que el proyecto de investigación sea reexaminado si ello resulta pertinente a la luz de los nuevos desarrollos científicos o eventos acaecidos en el curso de la experimentación (art. 24) con el fin de determinar si la misma debe ser interrumpida o si deben introducirse cambios en el protocolo. Con base en dicho precepto cabría la finalización anticipada de la investigación, siempre que ello responda a situaciones que así lo legitimen, habiendo de informarse de las mismas al organismo competente. El Informe Explicativo al Protocolo recoge como razones aceptables de finalización el que se ponga de manifiesto de manera estadísticamente clara que el tratamiento experimental es significativamente peor que el tratamiento estándar, por lo que no resultaría éticamente aceptable continuar con el proyecto. En cambio, no sería una legitimación adecuada para la terminación el evitar una respuesta comercial adversa a la vista de un probable resultado negativo, resultado que, en principio, habrá de ser hecho público.

En cuanto al capítulo VIII Protocolo Adicional se dedica a cuestiones claves en relación con la investigación biomédica, tales como la confidencialidad de la información personal obtenida durante el proceso experimentador (art. 25), derecho a saber con respecto a toda información de salud y personal derivada de la práctica investigadora (art. 26), la obligación de ofrecer a los individuos participantes toda información relevante para su calidad de vida actual o futura derivada de la investigación (art. 27) y la necesaria disponibilidad de los resultados por parte de los Comités de Ética u organismos competentes, participantes y público en general (art. 28). Este

⁴⁸ Cuestión cuya relevancia es oportunamente puesta de manifiesto por parte de GONZÁLEZ-TORRE, autor que remite en este punto al concepto de equilibrio clínico (*clinical equipoise*) que, siguiendo a BEAUCHAMP / CHILDRESS cabría definir como la situación que se produce cuando «basándose en las pruebas disponibles, los miembros de la comunidad médica de expertos relevantes están igualmente inclinados hacia cualquiera de las estrategias de tratamiento que se están probando en el ensayo clínico aleatorio (ECA), porque tienen las mismas incertidumbres frente a ellas y se sienten igualmente cómodos con las ventajas y desventajas conocidas de los tratamientos sometidos a prueba. Ningún paciente, pues, recibirá un tratamiento que se sepa que es menos efectivo o más peligroso que una alternativa disponible». Véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., *Bioética y experimentación con seres humanos*, cit., p. 55.

último precepto resulta particularmente reseñable pues al fijar la obligación por parte de los investigadores de enviar un sumario o informe de la investigación al comité de Ética o al organismo competente y de hacer públicos los resultados obtenidos en un plazo razonable, incluso si son negativos, se está evitando la duplicación innecesaria de investigaciones que empleen personas debido a la falta de publicación de los resultados anteriores, y se pretende proscribir la supresión de resultados negativos o positivos por razones comerciales u otras no científicas.

Finalmente, se abordan cuestiones tales como la investigación en estos no parte del Protocolo (capítulo IX), la infracción de las disposiciones del Protocolo (capítulo X), la relación entre el Protocolo y otras disposiciones y reexamen del Protocolo (capítulo XI) y las cláusulas finales (capítulo XII). En definitiva, el Protocolo Adicional establece un marco completo y adecuado para la regulación de la investigación biomédica, cuyo ámbito de aplicación resulta más amplio que el capítulo II de la Ley de Investigación Biomédica (Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos) pues no excluye la investigación en la esfera farmacéutica y de los productos sanitarios. Dicha normativa del Consejo de Europa ha servido de referente directo para la regulación española sobre el particular en virtud de la Ley 14/2007, de 3 de julio.

4. ANÁLISIS DE LA LEY DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.

4.1. Visión de conjunto del Título II.

A la hora de proceder al estudio del Título II de la Ley de Investigación Biomédica, resulta imprescindible remitirse al Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, relativo a la Investigación Biomédica (25.1.2005) del que trae directamente causa, hasta el punto de poder afirmar que la mayor parte de los artículos que configuran dicho título han sido transcritos literalmente del referido protocolo.

En este sentido, cabe poner de manifiesto el acierto de la decisión adoptada por el legislador español en este punto, pues supone otorgar rango legal a nivel interno a una normativa de referencia internacional, adelantando así el proceso que exige que, para que ello tenga lugar, se proceda a la firma y ratificación del instrumento por parte de España (lo cual aún no se ha llevado a cabo en el caso de nuestro país).

Siguiendo la propia exposición de motivos de la Ley de Investigación Biomédica resulta oportuno destacar que el Título II («Investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos») constituye el primero que aborda una materia específica, pues el Título I de la norma integra las disposiciones generales. Ello pone de manifiesto la relevancia otorgada por el legislador a la materia relativa a las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos (excluyendo los meramente observa-

cionales), no sólo por la posición sistemática que ocupa dicho Título II en el conjunto del texto, sino igualmente por el importante nivel de garantías previstas al efecto.

Desde el punto de vista material, resulta oportuno subrayar el carácter complementario que la regulación prevista en la Ley de Investigación Biomédica ostenta en relación con la normativa ya existente en virtud de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y relativa a los ensayos clínicos con dichos productos. De esta manera queda completado en el Derecho español el marco normativo sobre investigaciones invasivas (y, por lo tanto, no meramente observacionales⁴⁹) en las que los seres humanos son sujetos participantes directos.

Desde un punto de vista estructural procede destacar que el título II Ley de Investigación Biomédica se divide en cinco capítulos, lo que evidencia la amplitud y heterogeneidad de la materia objeto de regulación. En cuanto a los rasgos básicos de cada uno de los capítulos integrantes del Título II Ley de Investigación Biomédica, el primero de ellos (arts. 13-15) aborda los principios generales en que estas investigaciones deben desenvolverse, incluyendo de manera pormenorizada los aspectos vinculados al consentimiento y desglosando la información precisa que ha de suministrarse necesariamente a los sujetos participantes en la investigación.

El capítulo II (arts. 16-18) gira bajo la denominación «Evaluación, autorización y aseguramiento del daño» y supone la concreción en la esfera de las experimentaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos del principio de evaluación de la actividad investigadora, cuya mayor dificultad consistirá en llevarla a cabo sin vulnerar el contenido esencial de la libertad de investigación⁵⁰. Las disposiciones contenidas en el capítulo referido pretenden, de acuerdo con la propia Exposición de Motivos de la ley, reducir al máximo los perjuicios que pudieran derivarse de investigaciones que supongan procedimientos invasivos en seres humanos. A dichos efectos se recogen una serie de previsiones, incluyendo además de las medidas profilácticas necesarias las cuestiones vinculadas con el aseguramiento del

⁴⁹ De acuerdo con el art. 3 Ley de Investigación Biomédica («Definiciones») se entiende por estudio observacional el «estudio realizado sobre individuos respecto de los cuales no se modifica el tratamiento o intervención a que pudieran estar sometidos ni se les prescribe cualquier otra pauta que pudiera afectar a su integridad personal». Los anteriores quedan excluidos del ámbito del capítulo II Ley de Investigación Biomédica, pues de acuerdo con el título II de dicha norma su esfera de aplicación se limita a aquellas investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos.

⁵⁰ Así lo pone de manifiesto, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La libertad de creación y producción científica en la ley de investigación biomédica: objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley», en SÁNCHEZ-CARO, J. / ABELLÁN, F. (Coords.), *Investigación Biomédica en España*, Comares, Granada, 2007, p. 27.

daño que pueda sobrevenir a los sujetos participantes a resultas de la investigación llevada a cabo sobre los mismos.

El capítulo III del Título II Ley de Investigación Biomédica (arts. 19-21) se refiere a las «Situaciones específicas» y, en concreto, procede a regular los aspectos particulares ligados a la investigación durante el embarazo y la lactancia, así como en el supuesto de menores e incapaces y en el de personas incapaces de consentir debido a su situación clínica. No cabe duda de que nos encontramos ante casos que exigen un plus de protección, dada la particular vulnerabilidad del sujeto, y así lo ha entendido el legislador que ha procedido a configurar un marco legal específico para estos supuestos. Ello entronca, por otro lado, con la profusa normativa internacional existente en estas materias, y con la tradición histórica desde el Código de Nüremberg.

El cuarto capítulo (arts. 22-25) regula los sistemas de seguridad y supervisión en el proceso de investigación. Ello ostenta una particular importancia práctica a la vista de la necesidad de garantizar la absoluta indemnidad de los intereses de los sujetos participantes. En este punto, la Ley de Investigación Biomédica exige la evaluación del estado de salud de los participantes en la investigación, alude a la no interferencia en las intervenciones clínicas de éstos y configura un completo sistema de comprobaciones que deben efectuarse durante el curso de la experimentación en el marco de las cuales ostenta particular relevancia la labor del Comité de Ética de la Investigación.

Finalmente, el capítulo V (arts. 26-27) fija una serie de obligaciones a las que tradicionalmente no se ha prestado la importancia que merecen en la esfera de las experimentaciones con seres humanos, pero a las que la doctrina y legislación tanto nacional como comparada asignan un rol fundamental con el fin de garantizar la transparencia en el proceso investigador. En concreto, se trata de la necesidad de informar a los participantes en la investigación de los datos relevantes para su salud que puedan obtenerse durante su desarrollo, así como la de dar publicidad a sus resultados.

4.2. Ámbito de aplicación del Título II Ley de Investigación Biomédica.

Una primera cuestión que procede analizar oportunamente es la relativa al ámbito de aplicación del Título II Ley de Investigación Biomédica. En este sentido, el hecho de que la esfera de la investigación con seres humanos a nivel de ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios cuente con su propia normativa de referencia (Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios –Título III «De las garantías de la investigación de los medicamentos de uso humano»– y Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos) determina que dicha materia quede excluida de la regulación de la Ley de Investigación Biomédica. Ello se encuentra expresamente establecido en el art. 1 de la norma (Objeto y ámbito de aplicación) que dispone que «la investigación biomédica a la que se refiere esta Ley incluye la investigación de carácter básico y la clínica, con la excepción

en este último caso de los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, que se regirán por su normativa específica». En virtud del dato anterior, el Título II de la ley quedará reservado exclusivamente para aquellas investigaciones con personas que no puedan incardinarse en la esfera del medicamento y del desarrollo de productos sanitarios. Si bien la mayor parte de los ensayos clínicos⁵¹ se vinculan al ámbito farmacológico, procede no caer en una simplista asociación entre ensayo clínico y medicamento⁵². No obstante, la prevalencia manifiesta de ensayos clínicos farmacológicos ha conllevado que aquellos que no ostentan dicha naturaleza adolezcan en muchos casos de una menor estandarización metodológica y, probablemente en numerosas ocasiones, de un menor rigor y validez⁵³.

En segundo lugar, lo dispuesto en el Título II Ley de Investigación Biomédica únicamente resulta aplicable cuando la experimentación se desarrolle en nacidos, así como en embriones y fetos vivos en el útero (pues en este último caso, resulta indudable que incidirá sobre un nacido como es la embarazada, siendo dicha interpretación coherente con la dicción del art. 19 Ley de Investigación Biomédica). Ello supone que la actividad experimental

⁵¹ Entendidos como aquellos estudios prospectivos realizados con el fin de evaluar las intervenciones que se han aplicado en más de dos grupos poblacionales creados al azar y que, por lo tanto, son comparables entre sí. Véase Xavier BONFILL, X., «Situación actual de los ensayos clínicos no farmacológicos en España», *cit.*, p. 11.

⁵² Ejemplos de ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas pueden citarse, entre otros, los siguientes, PICO SOLER, M^a. V., «Prevención del alcoholismo: estudios EMPA y EIBAL», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 17 y ss.; RODRÍGUEZ, F. A., «Ensayos clínicos en ejercicio físico y deporte», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 23 y ss.; ALEIXANDRE MARTI, E. / CASANOVA MATUTANO, M. A. et al., «Ensayo clínico de dos intervenciones de deshabitación tabáquica en atención primaria», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 37 y ss.; PLADEVALL VILA, M., «Intervenciones sobre cumplimiento terapéutico: a propósito de un ensayo clínico», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 45 y ss.; IZQUIERDO, M., «Terapia génica», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 55 y ss.; GUERRA, J. A., «Problemas de investigación en acupuntura», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 61 y ss.; SANCHO, J. J., «Ensayos clínicos en cirugía», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 69 y ss.; TARGARONA, E. M^a., «Cirugía endoscópica y medicina basada en la evidencia», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 75 y ss.; KOVACS, F. M., «Ensayos clínicos sobre la intervención neuroreflejo-terápica para el tratamiento de la lumbalgia inespecífica», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 83 y ss.; SÁNCHEZ MECA, J., «Aportación del metaanálisis en la evaluación de la psicoterapia», en BONFILL, X. et al., *Ensayos clínicos en intervenciones no farmacológicas*, *cit.*, pp. 93 y ss.

⁵³ Argumentos sostenidos por Xavier BONFILL. Véase BONFILL, X., «Situación actual de los ensayos clínicos no farmacológicos en España», *cit.*, p. 11.

sobre preembriones in vitro, así como sobre embriones que hayan perdido su capacidad de desarrollo o sobre embriones o fetos muertos (incluyendo sus estructuras biológicas), cuestiones que han constituido uno de los focos fundamentales de polémica en relación con la investigación biomédica en España no se regirán por las disposiciones aquí estudiadas. Ello se deduce indefectiblemente del hecho de que la anterior sea una materia regulada en otros títulos de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (Título III. Sobre la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos y Título IV. Sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes), así como por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁵⁴ (capítulo IV. Investigación con gametos y preembriones humanos).

No obstante, y aun cuando la investigación en embriones y fetos vivos en el útero se rige por lo dispuesto en el Título II Ley de Investigación Biomédica, resulta oportuno poner de manifiesto que respecto de los mismos únicamente cabrá la investigación terapéutica, es decir, la destinada a producir un beneficio directo en aquellos, dado que el art. 30 Ley de Investigación Biomédica (Limitaciones a la investigación con embriones y fetos vivos en el útero) dispone expresamente que exclusivamente podrán autorizarse intervenciones sobre el embrión o el feto vivos en el útero cuando tengan un propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés, sin perjuicio de lo previsto legalmente sobre la interrupción voluntaria del embarazo. La propia Exposición de Motivos de la ley establece que «la investigación con embriones y fetos vivos en el útero sólo podrá realizarse con propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés», por lo que admite expresamente la investigación con beneficio directo en estos casos.

Por último, a la hora de definir lo que se entiende por «investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos» como ámbito material del Título II de la ley, procede poner de manifiesto que el concepto aludido se opone a los denominados estudios observacionales, que no quedan sometidos a los importantes requerimientos legales configurados en el articulado de referencia, básicamente, por entenderse que no implican peligro significativo para los sujetos participantes. En todo caso, lo que debemos entender por «estudios observacionales» y por «procedimientos invasivos» viene legalmente determinado en el propio art. 3 Ley de Investigación Biomédica, disposición en la que se consignan un conjunto de definiciones, que resultan fundamentales a la hora de interpretar el sentido de la norma. De esta manera, «estudio observacional» lo será aquel «estudio realizado sobre individuos respecto de los cuales no se modifica el tratamiento o intervención a que pudieran estar sometidos ni se les prescribe cualquier otra pauta que pudiera afectar a su integridad

⁵⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de mayo de 2006, nº 126.

personal» (art. 3.m), mientras el «procedimiento invasivo» quedará integrado por «toda intervención realizada con fines de investigación que implique un riesgo físico o psíquico para el sujeto afectado» (art. 3.t).

Al hilo de la argumentación desarrollada al analizar el Protocolo al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina relativo a la Investigación Biomédica cuyo ámbito de aplicación se extiende al conjunto de las actividades de investigación en el ámbito de la salud que impliquen intervenciones en seres humanos, procede poner de manifiesto que, con base en las definiciones anteriores de la Ley de Investigación Biomédica, habría que considerar procedimiento invasivo el sometimiento del sujeto a cuestionarios o entrevistas en la medida en que puedan implicar un riesgo para la salud psicológica del participante en la investigación (normalmente si incluyen preguntas de naturaleza íntima capaces de derivar en un daño psicológico). En supuestos como los anteriores el carácter de la investigación (meramente observacional o invasiva) deberá ser concretado ex ante y adecuadamente ponderado, pues determina el sometimiento de la misma a normas concretas para su desarrollo.

4.3. Capítulo I. Principios generales y requisitos de la información y consentimiento.

Dicho capítulo (capítulo I, Título II Ley de Investigación Biomédica) se encuentra integrado por 3 preceptos (arts. 13-15) dedicados al consentimiento, los principios generales a los que deben someterse las referidas investigaciones y la información a suministrar a los sujetos participantes en la investigación, respectivamente.

A pesar de su ubicación sistemática, procede analizar en primer término el art. 14 Ley de Investigación Biomédica, disposición que ostenta una importancia decisiva pues aborda la cuestión de los principios generales por los que deben regirse las experimentaciones con seres humanos. Sólo de cumplirse los términos previstos en dicho artículo procederá llevar a cabo investigaciones que impliquen procedimientos invasivos. En concreto, se establecen tres criterios básicos:

Recurso a la misma sólo en ausencia de una alternativa de eficacia comparable.

La investigación no deberá implicar riesgos y molestias desproporcionadas en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener.

Finalmente, y cuando la investigación no tenga posibilidad de producir resultados de beneficio directo para la salud del sujeto participante en la misma, sólo podrá ser iniciada en el caso de que presente un riesgo y una carga mínimos, a juicio del Comité de Ética de la Investigación⁵⁵ que deba

⁵⁵ De acuerdo con la Disposición transitoria tercera de la Ley de Investigación Biomédica (*Comités Éticos de Investigación Clínica*):

«Los Comités Éticos de Investigación Clínica dejarán de existir a partir del momento en que se constituyan los Comités de Ética de la Investigación. Hasta que dicho Comités

evaluarla. En este sentido, el concepto de «riesgo y carga mínimos» se incluye entre las definiciones establecidas en el art. 3 apartado u de la ley, que lo conceptúa como «los impactos en la salud y las molestias que puedan sufrir los sujetos participantes en una investigación, y cuyos efectos sólo podrán ser de carácter leve y temporal».

A través de este precepto, que reproduce los arts. 5 y 6 del Protocolo adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina relativo a la investigación biomédica⁵⁶ se establecen criterios básicos en relación con los que debe desarrollarse la investigación con seres humanos.

En todo caso, el art. 14 Ley de Investigación Biomédica incide en un aspecto oportunamente destacado supra pero que procede reiterar, consistente en la distinción entre investigación con beneficio directo para el participante (investigación terapéutica) y la que no implica tal beneficio (investigación no terapéutica). Ello resulta oportuno al objeto de delimitar el nivel de riesgo admisible en cada una, que como destaca el propio art. 14 de la ley, será mayor en el caso de la primera.

El art. 13 relativo al consentimiento exige que el mismo sea expreso, específico y escrito, por parte del sujeto o de su representante legal, de acuerdo con los principios establecidos en el art. 4 Ley de Investigación Biomédica⁵⁷. La cuestión del consentimiento informado constituye uno de los aspectos axiales en la esfera de la investigación biomédica⁵⁸. Así queda de manifiesto

se constituyan, los Comités Éticos de Investigación Clínica que estén en funcionamiento en los centros que realicen investigación biomédica, podrán asumir las competencias de aquéllos».

⁵⁶ Únicamente procede reseñar que el art. 6.2 del Protocolo mencionado, para el caso de que la investigación no produzca ningún beneficio directo en el sometido a la misma se limita a exigir que no implique un riesgo o una carga inaceptable para el sujeto participante, por lo que parece más permisivo en este punto que la propia Ley de Investigación Biomédica que habla de riesgo y cargas mínimos.

⁵⁷ El referido art. 13 Ley de Investigación Biomédica tiene su equivalente en el Protocolo adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, relativo a la investigación biomédica en virtud del art. 14 de este último texto legal que, sin embargo, añade a lo anterior que el consentimiento puede ser libremente retirado por la persona en cualquier momento de la investigación (la Ley de Investigación Biomédica introduce dicha cláusula en el art. 15.4) y que prevé ajustes cuando la capacidad de la persona para consentir resulte dudosa con el fin de comprobar dicha eventualidad.

⁵⁸ SÁNCHEZ CARO pone de manifiesto que el consentimiento informado constituye el exponente fundamental del principio de autonomía y la principal justificación para que se pueda actuar sobre el cuerpo del paciente. Dicho autor destaca cómo para la ley la cuestión esencial consiste en determinar el papel que tengan la información y el consentimiento; es decir, si lo relevante es la posición del médico, que en virtud del principio de beneficencia tiene como norte el objetivo del bienestar del paciente, construyéndose, en este caso, la relación alrededor del propio profesional sanitario, o si, por el contrario, el eje de la relación se articula en torno a la autonomía del paciente, quien, sobre la base

con carácter general en relación con cualquier intervención en la esfera de la sanidad en virtud de la regulación del Convenio de Oviedo (art. 5) y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Capítulo IV. El respeto a la autonomía del paciente, en particular, arts. 8 a 10), y sectorialmente en el marco de las investigaciones con seres humanos en virtud del Protocolo Adicional al Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina, relativo a la investigación biomédica (art. 14), de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (art. 60.4) y del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (art. 7).

En primer lugar, procede poner de manifiesto que para que el consentimiento informado resulte válido debe ser, inexorablemente, otorgado por una persona competente, adecuadamente informada y voluntario⁵⁹. La voluntariedad, como atributo del consentimiento se emplea aquí en el sentido de manifestación de la voluntad carente de coerción, manipulación o persuasión⁶⁰. La particularidad de la relación médico-paciente puede conducir a evidentes distorsiones en este punto; conviene aceptar que la posición prevalente en el binomio anterior es la que ocupa el médico, por lo que el paciente

de una información adecuada, de unos datos relevantes, queda en libertad para tomar la decisión que crea más oportuna. No obstante, advierte oportunamente SÁNCHEZ CARO que «aún reconociendo la importancia de la información y del consentimiento, parece obligado advertir, en este momento, que la complejidad médica nos puede presentar situaciones en las que el principio de autonomía no es relevante por sí solo, sino que tiene que ser objeto de ponderación junto con otros principios. Tal es el caso de la experimentación terapéutica, la investigación con y en seres humanos (...);» dado que el presente trabajo se centra en el análisis de las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos, procede en este punto tomar en consideración las particularidades concurrentes en materia de consentimiento. Véase SÁNCHEZ CARO, J., «El consentimiento previo a la intervención y la protección de los incapaces (Capítulo II)», en ROMEO CASABONA, C. M. (editor), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 112 y s.

⁵⁹ Véase FOSTER, C., *The ethics of medical research in humans*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 57.

⁶⁰ Véase CAMPS, V., «El consentimiento informado y sus limitaciones», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, Fundación Dr. Antonio Esteve-Ediciones Doyma, Barcelona, 1998, p. 11. Dicha autora pone de manifiesto que el consentimiento debería ser el resultado de una opción libre no instrumentalizada por intereses opacos o pocos claros, pero que, no obstante, no siempre resulta fácil determinar dónde acaba la coacción y donde empieza la libertad del agente que debe consentir. Particularmente complejo resulta concretar en qué supuestos existe manipulación y, en especial, persuasión, máxime en una relación tan característica como la existente entre el médico y el paciente.

puede temer que aquel no se encuentre satisfecho de su renuncia a participar en una determinada investigación o incluso considere que su médico nunca va a solicitarle algo malo para él. Ello le puede llevar a considerar que no hay razón alguna para rechazar cualquier intervención, incluso en la esfera de la investigación, que aquel le proponga⁶¹.

Conceptualmente la exigencia del consentimiento informado se vincula con el respeto a la autonomía individual. De acuerdo con Abellán-García Sánchez⁶² el término «consentimiento informado» alude a una teoría que ha sido elaborada dentro del contexto de la ética, el derecho y la medicina, pudiendo denotar, por tanto, matices muy diferentes para los especialistas de diversas disciplinas, según se trate de éticos, juristas o médicos. Fundamental a la hora de hablar de un consentimiento informado es la existencia de una información adecuada, transmitida de manera comprensible, es decir, apta para el nivel de conocimientos del receptor de la misma. «Consentimiento» e «información» constituyen, pues, conceptos indisolubles en la práctica biomédica moderna, y así queda consagrado de manera general en la normativa tanto nacional como internacional existente sobre el particular.

A la hora de trazar el marco normativo del consentimiento informado en derecho español, procede poner de manifiesto que inciden en esta materia el Convenio de Oviedo (art. 5) y la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente (arts. 8 y ss.)⁶³. De acuerdo con el art. 3 Ley 41/2002 cabría definir el consentimiento informado como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud». Específicamente, en el ámbito de los ensayos clínicos con medicamentos el Real Decreto 223/2004 define el consentimiento informado como la «decisión, que debe figurar por escrito y estar fechada y firmada, de participar en un ensayo clínico adoptada volunta-

⁶¹ Véase FOSTER, C., *The ethics of medical research in humans*, cit., p. 61, quien considera que, de acuerdo con la premisa anterior, el médico nunca debería solicitar al paciente hacer algo que resulte dañoso, con independencia de que ello pueda redundar en futuros pacientes.

⁶² Véase ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., «El consentimiento informado, la intimidad y la confidencialidad de los datos del paciente en los ensayos clínicos, con especial referencia a las obligaciones en materia de protección de datos personales», cit., p. 91, quien sigue en este punto a APPELBAUN, P. S. / LIDZ, C. W. / MEISEL, A., *Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1987. A nivel histórico la teoría del consentimiento informado, de acuerdo con ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, constituye uno de los productos de la interacción entre medicina y sociedad surgido fundamentalmente tras la Segunda Guerra Mundial ante la constatación de las atrocidades llevadas a cabo en los campos de exterminio nazis en el marco de experimentos con seres humanos.

⁶³ Previamente a la entrada en vigor de dicha norma en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión del consentimiento informado era objeto de regulación por parte de Ley 14/1986, General de Sanidad (art. 10.5 –información– y 10.6 –consentimiento–).

riamente por una persona capaz de dar su consentimiento tras haber sido debidamente informada y documentada acerca de su naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos»⁶⁴. En cuanto a la forma de plasmación del consentimiento, si bien la Ley 41/2002 parte, como criterio general, de la validez del consentimiento verbal, prevé una serie de excepciones en las que el mismo necesariamente deberá figurar por escrito. En concreto, ello se establece en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y para la aplicación de todos aquellos procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa en la salud del paciente (art. 8.2 ley 41/2002). Asimismo, la propia Ley 41/2002 acepta expresamente en su art. 9.4 (art. 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación) que la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se regirán por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

En definitiva, la Ley de Autonomía del Paciente prevé su carácter meramente supletorio en materia de consentimiento en relación con la regulación específica existente en la esfera de la investigación clínica⁶⁵, por lo que habrá que atender a la normativa sectorial en este ámbito: en materia de medicamentos y productos sanitarios la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos; para el resto de experimentaciones que impliquen procedimientos invasivos en seres humanos rige el Título II de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

En consonancia con el criterio general establecido en la Ley de Autonomía del Paciente para los casos de procedimientos invasores, el art. 13 Ley de Investigación Biomédica, en relación específicamente con las investigaciones que impliquen procedimientos invasivos en seres humanos, prevé de manera taxativa que el consentimiento sea «expreso, específico y escrito por parte del sujeto o de su representante legal». La regulación en este punto de la ley española deriva de manera mimética de la normativa del Consejo de Europa, en concreto, del Protocolo Adicional relativo a la Investigación Biomédica, que dispone en su art. 14 la proscripción, salvo en supuestos excep-

⁶⁴ Véase Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, art. 2 apartado m.

⁶⁵ Disposición adicional 2ª Ley 41/2002. Aplicación supletoria

«Las normas de esta ley relativas a la información asistencial, la información para el ejercicio de la libertad de elección de médico y de centro, el consentimiento informado del paciente y la documentación clínica, serán de aplicación supletoria en los proyectos de investigación médica, en los procesos de extracción y trasplante de órganos, en los de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y en los que carezcan de regulación especial».

cionales, de toda investigación en la que cada participante no haya prestado un consentimiento informado, libre, expreso, específico y consignado por escrito. De manera análoga, para el ámbito del medicamento y los productos sanitarios la Ley 29/2006 establece que «el sujeto del ensayo prestará su consentimiento libremente, expresado por escrito, tras haber sido informado sobre la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos del ensayo clínico» y el Real Decreto 223/2004 dispone que «el consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento». En esta esfera, queda claramente vetada la posibilidad de que el consentimiento se exprese oralmente, salvo en los supuestos en los que el sujeto ostente un impedimento para escribir, en cuyo caso, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad (art. 4 Ley de Investigación Biomédica)⁶⁶.

Junto con la importancia del consentimiento como criterio rector de la validez de toda investigación de la naturaleza de la recogida en el Título II Ley de Investigación Biomédica, procede destacar el carácter esencial de la información a suministrar al sujeto participante, con el fin de que el mencionado consentimiento resulte realmente «informado». Ello queda tasado de manera expresa en el art. 15 Ley de Investigación Biomédica, artículo que tiene su correlato en el art. 13 Protocolo adicional sobre investigación biomédica. De acuerdo con el precepto de la ley española citado, que hace referencia a la información a suministrar a los sujetos participantes en la investigación, las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada y en forma comprensible y cuando se trate de individuos con discapacidad, de forma adecuada a sus circunstancias. En este sentido, procede poner de manifiesto que se trata de una información pormenorizada, debidamente documentada y que debe ser transmitida en forma comprensible, es decir, de manera ajustada a las circunstancias personales del sujeto⁶⁷.

⁶⁶ En este supuesto, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, art. 2 apartado m y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (art. 60.4) permiten otorgar el consentimiento de forma oral en presencia de, al menos, un testigo mayor de edad y con capacidad de obrar.

⁶⁷ Con carácter general, y al objeto de concretar el derecho a la información en la esfera de la biomedicina, cabe exigir que la referida información resulte inteligible para el receptor, veraz, adecuada y precisa, es decir, ajustada a la realidad y centrada en el problema o situación cuyo conocimiento sea necesario para asimilarla, debiendo contener todos los datos y elementos relevantes a la formación personal del juicio de valor. Finalmente deberá ser clara y neutral en el planteamiento de la decisión personal con el fin de permitir la decisión autónoma del receptor. En este sentido véase ALDAMA BAQUEDANO, C., «La protección de la intimidad y del derecho a la información (capítulo III)», en ROMEO CASABONA, C. M. (editor), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*, cit., p. 153; ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.)/EMALDI CIRIÓN, A./MARTÍN URANGA, A./

Entre los aspectos que debe consignar la referida información se incluyen necesariamente el propósito, el plan detallado, las molestias y los posibles riesgos y beneficios de la investigación.

Los extremos a especificar incluyen:

- Naturaleza, extensión y duración de los procedimientos a utilizar.
- Procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos disponibles.
- Medidas para responder a acontecimientos adversos en lo que concierne a los sujetos que participan en la investigación.
- Medidas para asegurar el respeto a la vida privada y a la confidencialidad de los datos personales, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos de carácter personal⁶⁸.
- Medidas para acceder a la información relevante para el sujeto, que surjan de la investigación o de los resultados totales.
- Medidas para asegurar una compensación adecuada en el caso de que el sujeto sufra algún daño.
- Identidad del profesional responsable de la investigación.
- Cualquier futuro uso potencial, incluyendo los comerciales, de los resultados de la investigación.
- Fuente de financiación del proyecto de investigación.

Incluso se establece la previsión de que, de no conocerse alguno de dichos extremos, existiría el compromiso explícito de completar la información cuando los referidos datos se encuentren disponibles.

El propio art. 15 aclara (cuestión que, de no quedar regulada expresamente también daría lugar a una remisión automática por razón de la materia) que en el supuesto de uso futuro o simultáneo de datos genéticos o de muestras biológicas en el curso de la investigación se estará a lo dispuesto en los capítulos II («Análisis genéticos y tratamiento de datos genéticos de carácter personal») y III («Utilización de muestras biológicas humanas con fines

NICOLÁS JIMÉNEZ, P./MATA BARRANCO, I. de la, *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial (1990-1999)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000, pp. 23 y ss.

⁶⁸ Dicha exigencia de información respecto al mencionado particular presupone la necesaria adopción de medidas en este ámbito con el fin de garantizar la confidencialidad de los mencionados datos personales, en la línea de lo dispuesto en el art. 25 (Consentimiento) Protocolo Adicional relativo a la investigación biomédica –precepto que carece de correlato en el Título II Ley de Investigación Biomédica– y que establece expresamente: «1. Toda información de carácter personal obtenida con ocasión de una investigación biomédica será considerada como confidencial y tratada de acuerdo con las reglas relativas a la protección de la vida privada.

2. La ley protegerá contra la divulgación inadecuada de toda otra información relativa a un proyecto de investigación que haya sido comunicada a un comité de ética en aplicación del presente Protocolo». En España, rige en este punto la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

de investigación biomédica») del Título V («Análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos») de la Ley de Investigación Biomédica. En dichos capítulos se regulan pormenorizadamente aspectos tales como información previa a la realización de análisis genéticos, derecho a la información y a no ser informado, acceso a los datos genéticos por personal sanitario, etc.

Por último, el art. 15 completa el ciclo relativo a la información a suministrar al interesado, pues prevé específicamente en su apartado 4º que los participantes en una investigación deberán ser informados de los derechos y salvaguardas previstas en la ley para su protección y, específicamente, de su derecho a rehusar el consentimiento o a retirarlo en cualquier momento sin que pueda verse afectado por tal motivo su derecho a la asistencia sanitaria.

Si analizamos la regulación de la información a suministrar en el marco del desarrollo de ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, podemos constatar la analogía en los aspectos fundamentales con la normativa derivada de la Ley de Investigación Biomédica, siendo, no obstante, esta última mucho más pormenorizada al detallar cada uno de los aspectos que deben incluirse en la información a suministrar al sujeto participante en el ensayo. En este sentido, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios dispone que el sujeto del ensayo clínico sea informado sobre la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos del mismo.

A pesar de que las normas relativas a la obtención del consentimiento informado resultan claras y taxativas, la monitorización de dicho proceso en diferentes países ha puesto de manifiesto importantes deficiencias y errores en el marco del mismo. Así la Food and Drug Administration norteamericana (FDA) evidenció que el 54% de los investigadores cometen errores en el proceso de obtención del consentimiento informado⁶⁹.

Como corolario al análisis de la Ley de Investigación Biomédica en materia de consentimiento informado en la esfera de las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos procede poner de manifiesto las oportunas consideraciones formuladas por Victoria Camps⁷⁰ en este punto. Por un lado, en relación con la propia práctica del consentimiento informado (como expresión del reconocimiento de la autonomía del pacien-

⁶⁹ Véase DAL-RÉ, R., «La protección de los sujetos participantes en los ensayos clínicos: supervisión de la conducción del ensayo clínico por el Comité Ético de Investigación Clínica», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, cit., p. 17. Asimismo, dicho autor destaca que a pesar de que los Comités de Ética de la Investigación disponen en Estados Unidos de la posibilidad, en virtud de la autoridad conferida, de presenciar directamente o por terceros el proceso de obtención del consentimiento informado, ello constituiría una intromisión directa en el proceso de investigación, por lo que resulta preferible el control *ex post*.

⁷⁰ Véase CAMPS, V., «El consentimiento informado y sus limitaciones», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, cit., p. 12.

te) que debería constituir una forma de favorecer y mejorar el diálogo entre el médico y el enfermo, por lo que el mismo no puede convertirse en un mero trámite burocrático que materialmente ejecuta una enfermera, y que se materializa en la simple firma de un documento que se entrega al paciente/participante, sin comprobar el grado de comprensión real por parte de aquel. Coincido en la observación de que para que el sujeto pueda tomar una decisión realmente libre ello implica necesariamente una «pérdida de tiempo» por parte del profesional sanitario, que se verá obligado a dar explicaciones que en muchos casos le resultarán demasiado elementales, pero que devienen fundamentales para asegurar la plena libertad del individuo.

4.4. Capítulo II. Evaluación, autorización y aseguramiento del daño.

El art. 16 prevé el ciclo de evaluación y autorización al que debe ser sometida toda investigación biomédica que comporte algún procedimiento invasivo en el ser humano. En el caso español se requiere, en consecuencia, de dichas dos fases, que deberán ser implementadas en cada caso, por el Comité y por el organismo legalmente establecidos. En primer lugar, la evaluación corresponde al Comité de Ética de la Investigación, debiendo ser previa a la autorización, favorable y debidamente motivada y fundada en los siguientes aspectos: idoneidad científica del proyecto, pertinencia, factibilidad y adecuación del investigador principal y equipo investigador. Realizada la evaluación por el referido Comité de Ética de la Investigación, y de resultar la misma favorable, procederá la autorización de la investigación por parte del órgano autonómico competente.

Incluso se prevé que si los resultados parciales obtenidos aconsejan una modificación del proyecto, dicha modificación requerirá un informe favorable del Comité de Ética de la Investigación y habrá de ser comunicada a la autoridad autonómica competente a los efectos oportunos. En todo caso, en el supuesto de proyectos de investigación multicéntricos se garantiza la existencia de un informe único sobre la base de la unidad de criterio.

El art. 16 Ley de Investigación Biomédica tiene su origen en los arts. 7 y 9 del Protocolo adicional sobre Investigación Biomédica que formulan la exigencia de aprobación de toda investigación biomédica por el órgano competente y de sometimiento de la misma al examen independiente de un Comité de Ética.

Por otro lado, el art. 17 relativo a las garantías de control y seguimiento, establece que la investigación deberá ajustarse al contenido del proyecto autorizado, ostentando en todo momento las autoridades sanitarias facultad de inspección, pudiendo tener acceso a las historias clínicas individuales de los sujetos del estudio respecto de las cuales deberán guardar su carácter confidencial. Asimismo, la autoridad autonómica deberá proceder, en los casos en que no se hayan observado los requisitos establecidos legalmente y sea necesario para proteger los derechos de los ciudadanos, a suspender

cautelaramente —a instancias del Comité de Ética de la Investigación o por iniciativa propia— la investigación autorizada.

Finalmente, el art. 18 culmina el Capítulo II, abordando la materia relativa a las compensaciones por daños y su aseguramiento. En este punto, la Ley de Investigación Biomédica excede con mucho lo previsto en el Protocolo Adicional sobre Investigación Biomédica, que en su art. 31 (Reparación del daño) establece únicamente «la persona que haya sufrido un daño resultante de su participación en una investigación tiene derecho a una reparación equitativa en las condiciones y según las modalidades previstas por la ley».

En este sentido, el art. 18 Ley de Investigación Biomédica sigue a grandes rasgos, en relación con el particular, la regulación prevista en materia de ensayos clínicos con medicamentos: art. 61 (Garantías de asunción de responsabilidades) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías de los medicamentos y productos sanitarios —a la que incluso se remite el art. 18.5 en los demás aspectos no regulados por la Ley de Investigación Biomédica relativos a la responsabilidad por daños y a su aseguramiento—, y art. 8 (Del seguro u otra garantía financiera de los sujetos del ensayo) Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

En este sentido, la realización de una investigación que comporte un procedimiento invasivo en seres humanos exige el aseguramiento previo de los daños y perjuicios que pudieran derivarse para la persona en la que se lleva a efecto (art. 18.2). De esta manera, de producirse un daño se establece la responsabilidad solidaria en caso de que, por cualquier circunstancia, el seguro no cubra enteramente los daños, del promotor, del investigador responsable y del hospital o centro en el que se llevó a cabo, incluso aunque no medie culpa, incumbiéndoles la carga de la prueba. A estos efectos ni la autorización administrativa, ni el informe del Comité de Ética de la Investigación les eximirá de responsabilidad. Para completar el régimen legal reseñado se establece una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario) en virtud de la cual se presume que los daños que afecten a la salud de la persona sujeta a la investigación, durante su realización y en el año siguiente a su terminación, se han producido como consecuencia de la investigación. Pasado dicho plazo es el perjudicado el que debe probar el daño y la relación de causalidad entre la investigación y el daño.

Lo que procede poner de manifiesto es que, un régimen legal tan estricto puede suponer un verdadero obstáculo al desarrollo de la investigación biomédica, máxime cuando se establece una presunción tan amplia como que todo daño aparecido en el periodo de un año desde la finalización de la investigación resulta reconducible a la misma. Sobra decir, que la prueba en contra de lo anterior se convertirá en una verdadera *probatio diabólica* para el promotor, investigador y hospital o centro. A sabiendas de lo anterior, y tomando en consideración que el Título II Ley de Investigación Biomédica resulta aplicable a las investigaciones que impliquen procedimientos inva-

sivos en seres humanos distintas a las propias de la esfera del medicamento y el producto sanitario (que quedan sometidas a su legislación sectorial), procedería la adopción de medidas por parte de la iniciativa pública con el fin de fomentar la experimentación en estas áreas. Interés particular ostenta, en este sentido, lo dispuesto en el art. 8 apartado 7 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos en virtud del cual «cuando el promotor e investigador principal sean la misma persona y el ensayo clínico se realice en un centro sanitario dependiente de una Administración pública, ésta podrá adoptar las medidas que considere oportunas para facilitar la garantía de los riesgos específicos derivados del ensayo en los términos señalados en los apartados anteriores, con el objeto de fomentar la investigación». La asunción de una medida de este tipo resultaría particularmente recomendable en la esfera de la experimentación no farmacológica (o de los productos sanitarios), habida cuenta de los menores intereses económicos implicados en la misma, a pesar de lo cual el régimen de responsabilidad legal de los sujetos intervinientes resulta ciertamente importante.

4.5. Capítulo III. Situaciones específicas.

El capítulo III del Título II Ley de Investigación Biomédica establece una serie de previsiones específicas en relación con tres supuestos particulares en razón de la situación en la que se encuentran los sujetos: investigaciones durante el embarazo y la lactancia (art. 19), personas que no tengan capacidad para prestar su consentimiento (art. 20) e investigación en personas incapaces para consentir debido a su situación clínica (art. 21).

En relación con estos tres casos, cuya regulación concreta proviene nuevamente del Protocolo Adicional sobre Investigación Biomédica, se pretenden extremar las cautelas respecto de estos grupos de personas, minimizando los riesgos a los que pueden ser sometidos (particularmente si de las referidas investigaciones no se va a derivar un beneficio directo para la salud), y prestando particular importancia a los aspectos relativos al consentimiento (así, en el caso de incapaces, en el que el mismo deberá otorgarse por sus representantes legales o en el de personas incapaces de consentir debido a su situación clínica, en el que deberá respetarse cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida y habrá de informarse al sujeto o a sus representantes legales a la mayor brevedad). No obstante, el Protocolo adicional prevé una situación específica que no ha hallado acogida en la ley española: la de investigaciones que se lleven a cabo en personas privadas de libertad.

Investigaciones durante el embarazo y la lactancia.

El art. 19 Ley de Investigación Biomédica que se ocupa del particular reproduce de manera absolutamente mimética las disposiciones del art. 18 Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina,

relativo a la Investigación Biomédica, con lo que cabría dar por reproducidos los comentarios realizados en relación con el mismo.

A efectos sistemáticos procede poner de manifiesto que el referido precepto de la ley española limita la posibilidad de autorizar una investigación en la que participe una mujer embarazada, respecto de la cual dicha investigación no vaya a producir un beneficio directo, o sobre el embrión, el feto, o el niño después de su nacimiento⁷¹, a los casos en los que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir a producir unos resultados que redunden en beneficio de otras mujeres, embriones, fetos o niños.

b) Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en mujeres que no estén embarazadas.

c) Que la investigación entrañe un riesgo y un perjuicio mínimos para la mujer y, en su caso, para el embrión, el feto o el niño. Ello resulta plenamente coherente con lo dispuesto en el art. 14.3 de la propia Ley de Investigación Biomédica.

d) Que la embarazada o los representantes legales del niño, en su caso, presten su consentimiento en los términos legalmente previstos.

Por último, y en relación con investigaciones que se lleven a cabo en una mujer durante el periodo de lactancia, se exige una especial toma en consideración con el fin de evitar un impacto adverso en la salud del niño.

Protección de personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.

El art. 20 Ley de Investigación Biomédica regula los supuestos de investigaciones sobre menores así como sobre personas incapaces de obrar (salvo que, en función a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación les autorice para prestar su consentimiento a la investigación). Esta materia de nuevo procede del Protocolo Adicional relativo a la Investigación Biomédica, y en concreto, de su art. 15 (protección de personas incapaces de consentir a la investigación) siendo la regulación absolutamente análoga, más allá de concreciones de matiz que se contienen en uno y otro texto.

En este punto, la regulación española distingue oportunamente entre investigación terapéutica y no terapéutica, imponiendo requisitos más estrictos en el segundo caso. En relación con el primer supuesto, es decir, el de aquellas experimentaciones sobre menores o incapaces cuyos resultados

⁷¹ Aun cuando exista dicho beneficio directo, y en virtud del art. 14.2 Ley Investigación Biomédica, la investigación no deberá implicar para el ser humano riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener.

puedan producir beneficios reales o directos para la salud, sólo podrán llevarse a cabo cuando se cumplan las siguientes condiciones:

–Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.

–Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en la Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.

–Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información legalmente establecida. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada.

Además, en este punto hay que poner de manifiesto la relevancia del art. 14.2 Ley de Investigación Biomédica, que al trazar los principios generales de las experimentaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos impone que la investigación no implique riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener, lo cual resultaría plenamente de aplicación en este supuesto.

Por el contrario, en el caso de investigación no terapéutica en este ámbito, la misma podrá ser autorizada de manera excepcional, exigiéndose además de los requisitos pormenorizados supra (salvo el del beneficio directo, que por definición no puede aquí concurrir) los siguientes:

–Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.

–Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante (de nuevo, coherentemente con el art. 14.3 Ley de Investigación Biomédica).

–Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica.

La previsión del art. 21 Ley de Investigación Biomédica se dirige a permitir, bajo determinadas condiciones ciertamente estrictas, la realización de experimentaciones que impliquen procedimientos invasivos en seres humanos en situaciones de emergencia clínica. En este contexto, y de acuerdo con la propia ley, se consideran investigaciones en situaciones de emergencia aquéllas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél.

En todo caso, el inicio de la investigación en situación clínica de emergencia no obsta para que la persona que participe en la misma o, en su caso, sus representantes legales, hayan de ser informados a la mayor brevedad posible. Asimismo, debe solicitarse el consentimiento para continuar participando en las investigaciones, en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo.

Podrían sistematizarse los requisitos para llevar a cabo investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica en torno a los siguientes puntos:

–Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia.

–Que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél.

–Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

–Por otro lado, habrá de respetarse cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación.

4.6. Capítulo IV. Seguridad y supervisión.

A lo largo de los artículos 22 a 25 de la Ley de Investigación Biomédica se establecen una serie de previsiones destinadas a velar por la seguridad de la investigación y la salud del paciente en cualquier momento del procedimiento. De nuevo la regulación establecida en la Ley de Investigación Biomédica sigue a grandes rasgos lo dispuesto en los artículos 21 a 24 Protocolo Adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina relativo a la Investigación Biomédica. En este sentido, el art. 22 establece los criterios de prevención de riesgos, exigiendo la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la investigación y reducir los riesgos y las incomodidades para los participantes, así como la necesidad por parte del investigador responsable de acreditar que, tanto él como su equipo de investigación, se encuentran en posesión de la cualificación y experiencias adecuadas al ámbito de la investigación propuesta. Ello resulta de todo punto lógico, si tomamos en consideración la responsabilidad profesional asumida al llevar a cabo un proyecto de investigación que implica la práctica de procedimientos invasivos en seres humanos.

En relación con la evaluación del estado de salud de las personas participantes en la investigación se traslada al sujeto del ensayo el deber de facilitar los datos reales sobre su estado físico o de salud, habiendo, no obstante, el investigador de tomar las medidas necesarias, que incluirán, en su caso, la

consulta a los médicos responsables de la asistencia de los participantes, para comprobar dicho extremo previamente al inicio de la investigación, al objeto de que los sujetos para los que la investigación revista especial riesgo queden excluidos de la misma (art. 23). Resulta procedente poner de manifiesto que el Protocolo adicional sobre investigación biomédica en ningún apartado establece la referida obligación por parte del sujeto de la investigación de comunicar los datos sobre su estado físico o de salud, aspecto incorporado de manera novedosa por la Ley de Investigación Biomédica. Finalmente, se hace referencia al caso en el que la investigación implique a mujeres en edad fértil, habiendo de tenerse en cuenta el posible impacto adverso sobre un embarazo existente desconocido o posterior, así como sobre la salud del embrión, el feto o el niño.

El art. 24 Ley de Investigación Biomédica garantiza que la investigación no retrasará o privará a los participantes de los procedimientos médicos preventivos, diagnósticos o terapéuticos que sean necesarios para su estado de salud. En el caso de investigaciones asociadas con la prevención, diagnóstico o tratamiento de enfermedades, deberá asegurarse que los participantes que se asignen a los grupos de control reciban procedimientos probados de prevención, diagnóstico o tratamiento. En este sentido, el investigador hará constar los extremos anteriores en el protocolo del ensayo que vaya a someter a evaluación y autorización. Asimismo, únicamente podrá recurrirse al uso de placebo si no existen métodos de eficacia probada, o cuando la retirada de estos métodos no presente un riesgo o perjuicio inaceptable para el paciente.

Finalmente, el art. 25 establece la posibilidad que asiste en todo momento al Comité de Ética de la Investigación para adoptar las medidas oportunas con el fin de comprobar que la continuidad del proyecto está justificada a la luz de los nuevos conocimientos que se alcancen a lo largo de su ejecución. Estas evidencias novedosas pueden derivarse del propio proyecto emprendido (así, obtención de determinados resultados parciales que ponen de manifiesto la extrema peligrosidad de la técnica objeto de experimentación) o bien de otros proyectos conocidos por parte de los investigadores implicados (por ejemplo, publicación de resultados de otros estudios en revistas científicas). La Ley de Investigación Biomédica asigna la función de comprobación acerca de la oportunidad de continuar con el proyecto al Comité de Ética de la Investigación, aspecto que queda abierto en función del Protocolo Adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina relativo a la Investigación Biomédica, que no especifica quién haya de desempeñar dicha función. En este sentido, se impone por ley al investigador principal la obligación de remitir de manera inmediata cualquier información relevante para la seguridad de los sujetos participantes. Las finalidades de la comprobación referida por parte del Comité de Ética de la Investigación serán las siguientes:

–Si es necesario interrumpir la investigación o realizar cambios en el proyecto para que pueda continuar.

–Si los participantes en la investigación o, en su caso, sus representantes, deben ser informados sobre los acontecimientos que puedan ocurrir.

–Si es preciso contar con un consentimiento adicional de los participantes.

En cualquier caso, si como consecuencia de dicha labor fiscalizadora o por cualquier otra circunstancia, resultase necesaria la modificación de las condiciones autorizadas, ésta exigiría el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación y la aprobación de la autoridad correspondiente. Dicho precepto supone la positivización y el consiguiente otorgamiento de rango legal a una serie de criterios ya aceptados unánimemente en la comunidad científica⁷²: por un lado, que las investigaciones deben llevarse a cabo en todo caso conforme al protocolo aprobado por el Comité de Ética de la Investigación y, por otro, que toda modificación ulterior del mencionado protocolo debe ser objeto de aprobación por parte de aquel.

De acuerdo con lo dispuesto legalmente, cualquier información relevante sobre la participación en la investigación será comunicada por escrito a los participantes o, en su caso, a sus representantes, a la mayor brevedad. En relación con el particular, el Comité de Ética de la Investigación procederá al seguimiento del cumplimiento de la obligación referida, debiendo dar cuenta de las incidencias que observe a la autoridad competente que dio la autorización para dicha investigación, con el fin de que ésta pueda adoptar las medidas que correspondan, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley de Investigación Biomédica y con pleno respeto a lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

El último apartado del art. 25 Ley de Investigación Biomédica ostenta particular interés pues dispone que el investigador responsable informará al Comité de Ética de la Investigación y a la autoridad competente que dio su conformidad a la investigación de las razones por las que decida terminar prematuramente cualquier proyecto de investigación. Con ello, se quieren evitar finalizaciones prematuras de una determinada experimentación basadas no en razones de pertinencia científica o justificadas por la seguridad de los participantes, sino por ejemplo, en criterios meramente comerciales. De esta forma, se pretende impedir que la finalización anticipada se funde meramente en la voluntad de no hacer públicos determinados resultados negativos que, de lo contrario, habrían de ser publicados. Como causa justificada de finalización antes de tiempo cabría citar la obtención de resultados

⁷² Véase DAL-RÉ, R., «La protección de los sujetos participantes en los ensayos clínicos: supervisión de la conducción del ensayo clínico por el Comité Ético de Investigación Clínica», *cit.*, p. 18. No obstante, acepta dicho autor que, con relativa frecuencia, los investigadores modifican el protocolo inicialmente aprobado, sin informar de nuevo, ni por supuesto, solicitar la oportuna autorización del Comité de Ética correspondiente.

estadísticos que evidencian que la técnica/tratamiento experimental es significativamente peor que el estándar existente, por lo que sería éticamente inaceptable la continuación del proyecto de investigación. Otro ejemplo sería la publicación de resultados de estudios por otros investigadores que o bien negasen la justificación originaria para la investigación emprendida, o bien pusiesen en cuestión la seguridad de la experimentación⁷³.

El art. 25 Ley de Investigación Biomédica implica el desarrollo de una actividad proactiva por parte de los Comités de Ética de la Investigación en el cumplimiento de la labor fiscalizadora que les compete. Básicamente cabe considerar dos formas de materialización práctica de la misma: o bien exigir a los investigadores un detallado proceso de monitorización, o bien configurar un sistema por el cual el personal de la institución donde se realiza el ensayo clínico procede a monitorizarlo o a auditarlo (unidades de esta naturaleza ya existen en determinados hospitales españoles)⁷⁴.

4.7. Capítulo V. Gestión de la información.

Los arts. 26 y 27 Ley de Investigación Biomédica tienen su origen igualmente en el Protocolo adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina relativo a la investigación biomédica (arts. 27 y 28). En virtud del primer precepto citado (art. 26), se garantiza que si la investigación da lugar a información relevante para la salud de los participantes, ésta deberá ser puesta a su disposición, en el marco de la asistencia en curso o prestando un asesoramiento específico (cuando ello resulte necesario atendiendo a la naturaleza de los resultados y a las opciones disponibles para los participantes). Dicha información puede consistir en las conclusiones de la investigación o en información incidental obtenida durante la experimentación, debiéndose evaluar por parte del investigador su relevancia para la salud o calidad de vida actual o futura de los participantes⁷⁵. En todo caso, debe respetarse escrupulosamente tanto el derecho del sujeto a saber como a no saber (consagrado como principio general en el art. 4.5 Ley de Investigación Biomédica al que remite el art. 26 de la misma norma), con los límites

⁷³ Ejemplos citados en el Informe Explicativo al Protocolo adicional sobre Investigación Biomédica. Véase COUNCIL OF EUROPE, *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomedical Research. Explanatory Report*, [en línea], 2005 [citado el 1 de octubre de 2011], apartados 126 y s., disponible en Internet: [<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/195.htm>]

⁷⁴ Véase DAL-RÉ, R., «La protección de los sujetos participantes en los ensayos clínicos: supervisión de la conducción del ensayo clínico por el Comité Ético de Investigación Clínica», *cit.*, p. 19.

⁷⁵ En este sentido, véase COUNCIL OF EUROPE, *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomedical Research. Explanatory Report*, [en línea], 2005 [citado el 1 de octubre de 2011], apartado 131, disponible en Internet: [<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/195.htm>]

doctrinalmente consagrados (así, en el caso del derecho a no saber, cuando dicha información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud del sujeto o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera, debiendo limitarse la comunicación exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades).

Por último, en virtud del art. 27 Ley de Investigación Biomédica el investigador responsable se obliga a remitir –una vez concluida la investigación– un resumen de la misma a la autoridad que dio la autorización y al Comité de Ética de la Investigación. Asimismo, y de solicitarlo, los resultados deben ser comunicados a los participantes. Finalmente, los investigadores deben hacer públicos los resultados de la investigación una vez concluidas atendiendo a los requisitos relativos a los datos de carácter personal y sin menoscabo de los correspondientes derechos de propiedad intelectual e industrial que se pudieran derivar de la investigación.

La cuestión de la publicación de los resultados ostenta una importancia particular⁷⁶, puesto que constituye uno de los mecanismos básicos de control (de naturaleza *ex post*) de las investigaciones llevadas a cabo⁷⁷. Asimismo, garantizando la publicación se evita la innecesaria duplicación –no sólo en la esfera local, sino igualmente nacional e internacional, dada la difusión presente de conocimientos a través de Internet– de experimentaciones invasivas que, precisamente por utilizar como participantes a seres humanos, deben reducirse al mínimo necesario⁷⁸. Igualmente, se trata de proscribir

⁷⁶ En la esfera de los ensayos clínicos con medicamentos GONZÁLEZ-TORRE pone de manifiesto que la publicación constituye una de las grandes necesidades de las empresas farmacéuticas, agrupadas en las llamadas «cinco pes»: pacientes, prestigio, patentes, personal y publicaciones. Véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., *Bioética y experimentación con seres humanos*, cit., p. 144.

⁷⁷ DAL-RÉ pone de manifiesto la función de los antiguos Comités Éticos de Investigación Clínica (CEIC) en la comprobación regular de la publicación de los resultados de la investigación. Propone para ello realizar dicha función de manera selectiva, mediante una selección al azar de los estudios a auditar. Otra posibilidad sugerida por dicho autor consistiría en que fueran los propios CEIC los que requiriesen a los investigadores para que les informasen sobre la publicación de los resultados. No obstante, también se evidencia la existencia de ensayos clínicos (EC) que por su propia naturaleza, resultan de más fácil publicación que otros, por su mayor trascendencia para la comunidad médica. Véase DAL-RÉ, R., «La protección de los sujetos participantes en los ensayos clínicos: supervisión de la conducción del ensayo clínico por el Comité Ético de Investigación Clínica», cit., p. 16.

⁷⁸ Por otro lado, una de las cuestiones que se plantea en la actualidad es la de la prepublicación de los datos (sobre todo en investigaciones que implican la creación de amplias bases de datos) pues pueden ser de utilidad inmediata para otros investigadores en dicho campo generando así importantes beneficios sociales. Ello, que surge en la esfera del Proyecto Genoma Humano, se ha ampliado a otras esferas de la Biología y la

mediante la ausencia de publicación la supresión de resultados negativos o positivos por razones comerciales u otras no científicas. Por otro lado, este aspecto entronca directamente con la cuestión del acceso a los resultados de los ensayos clínicos llevados a cabo por parte del público en general, y en particular, por determinados grupos de presión, entre los que destacan particularmente los pacientes, que son quienes ostentan un interés directo en los referidos procesos. En el marco de nuestras sociedades post-industriales en la era de la biotecnología cuestiones como las vinculadas con nuevas posibilidades diagnósticas o terapéuticas se enmarcan en el proceso de «democratización de la tecnología», aspectos en relación con los cuales el gran público desea tener un conocimiento de los avances producidos y participar activamente en la toma de decisiones⁷⁹. Ello no implica aún una difusión importante de noticias de ámbito médico-científico en los medios de comunicación social más extendidos en España⁸⁰, pero sí que ha dado lugar a un interés creciente por estos temas.

Procede aceptar, no obstante, que la publicación de los resultados de un ensayo clínico se encuentra condicionada por diferentes variables, entre las que se encuentran cuestiones tales como las propias evidencias alcanzadas (es notorio que resulta significativamente más sencillo publicar ensayos cuyos resultados son positivos que aquellos que no llegan a confirmar las hipótesis de partida), el tamaño del estudio, etc. Suficientemente conocidos resultan factores tales como el «sesgo de publicación»⁸¹, puesto de manifiesto

Medicina. En relación con el particular y la problemática que ello puede plantear, véase OPINION, «Prepublication data sharing», *Nature*, 461, pp. 168 y ss. [en línea], 2011 [citado el 1 de octubre de 2011], disponible en Internet: [<http://www.nature.com/nature/journal/v461/n7261/full/461168a.html>]

⁷⁹ Acerca de la incidencia de los grupos de presión en los procesos vinculados con los ensayos clínicos, véase AVENDAÑO SOLÀ, C., «Ensayos clínicos y grupos de presión», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, cit., pp. 25 y ss.

⁸⁰ En 1996 las noticias de ámbito médico-científico en los 6 periódicos de mayor venta en España se situaban en 1.273, de las que solo un 1% (15) se referían específicamente a temas relacionados con ensayos clínicos. No obstante, el acceso de la población en general a dicha información experta ha conocido un auge espectacular en los últimos años a raíz del fenómeno internet. Véase VILARROYA, O., «El ensayo clínico en la democratización de la información experta», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, cit., pp. 71 y ss.

⁸¹ Véase ANDRÉS-TRELLES, F. de, «Difusión selectiva de los ensayos clínicos. Lo que conoce la industria, lo que conoce el prescriptor», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, cit., p. 77. Según GONZÁLEZ-TORRE, un efecto negativo de este proceso en virtud del cual se tienden a publicar con más facilidad las investigaciones con resultados positivos es que los estudios sistemáticos sobre artículos de revistas especializadas dan lugar a conclusiones equivocadas sobre la efectividad de los tratamientos, sobrevalorándolos, de manera que se puede llegar a exponer a los

de manera repetida, consistente en la no publicación de resultados negativos y que, en gran parte puede relacionarse con el hecho de que la naturaleza atractiva de los resultados puede primar en el interés editorial sobre la calidad del método con el que se han conseguido. Un paso fundamental al objeto de lograr que la gran mayoría de los ensayos clínicos se hagan públicos es la iniciativa que se ha dado a conocer como «amnistía de los ensayos clínicos», en la que los editores y otros responsables académicos se han comprometido a facilitar la publicación de todos aquellos ensayos clínicos que por irrelevancia, conflicto de intereses u otro tipo de impedimentos técnicos no han visto la luz en forma de publicación⁸². Dicha iniciativa sólo ha resultado posible en el marco de internet. En este punto, procede citar la importancia de la llamada Colaboración Cochrane, que como pone de manifiesto Bonfill⁸³, constituye una organización internacional dirigida a promover la producción, actualización y divulgación de revisiones sistemáticas sobre los efectos de los tratamientos o de las intervenciones sanitarias. De acuerdo con dicho autor, la referida iniciativa se encuentra organizada por grupos colaboradores de revisión establecidos en virtud de problemas de salud. De esta manera se trata de identificar todos los ensayos clínicos realizados en cualquier idioma y en cualquier país con el fin de registrarlos en una base de datos central, de importancia significativa para conocer ensayos clínicos en cada área de actividad.

Con ello queda cerrado el ciclo relativo a la práctica de las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos. Cuestiones posteriores, que por razones ligadas al propio propósito de la presente contribución deben quedar fuera de nuestro análisis, son las relacionadas con la ulterior aplicación de los resultados de las experimentaciones a la práctica asistencial en forma normalmente de nuevas posibilidades diagnósticas o terapéuticas⁸⁴.

pacientes a terapias inútiles e incluso peligrosas. Véase GONZÁLEZ-TORRE, A. P., *Bioética y experimentación con seres humanos*, cit., p. 146.

⁸² Así lo pone de manifiesto VILARROYA, O., «El ensayo clínico en la democratización de la información experta», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, cit., p. 73.

⁸³ Véase BONFILL, X., «Situación actual de los ensayos clínicos no farmacológicos en España», cit., pp. 13 y s. En el marco de dicha iniciativa ostentan particular importancia la Cochrane Library, revista electrónica donde se divulgan las revisiones de la Colaboración Cochrane y el registro Central.

⁸⁴ Ello nos enfrenta con problemas éticos diversos que merecen un análisis pormenorizado. Para una profundización sobre el particular véase PERMANYER MIRALDA, G., «La aplicación de los ensayos clínicos a la práctica asistencial», en CARNÉ, X. / COSTA, J. et al., *Problemas y controversias en torno al ensayo clínico*, cit., pp. 47 y ss.

TITLE: Reflections on the legal framework on invasive procedures research involving human beings in Spain.

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica supuso la consagración, por primera vez en España, de un marco normativo exhaustivo y carente de lagunas legales en esta esfera. El presente trabajo analiza la legislación aplicable en materia de investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos reguladas en el Título II de la referida ley, quedando, no obstante, excluidos de dicho ámbito los ensayos clínicos en la esfera del medicamento, objeto de regulación en virtud de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y los productos sanitarios.

PALABRAS CLAVE: investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos, ensayos clínicos, investigación biomédica.

ABSTRACT: The entry into force of the Spanish Law 14/2007 of 3rd July, on Biomedical Research implied the establishment for the first time of a complete legal framework in this field. This paper analyzes the legislation applicable to the experimentation with human beings regulated in Title II of the mentioned law, excepting clinical essays in the field of medicaments, regulated by Law 29/2006 of 26th July, on surety and rational use of medicaments and sanitary products.

KEY WORDS: research implying invasive procedures in human beings, clinical essays, biomedical research.

Recibido: 23.04.2012

Aceptado: 31.05.2012

ADECUACIÓN JUDICIAL DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO OBJETIVO AL HOY Y EL MAÑANA DEL ESTADO DE BIENESTAR

Manuel M^a 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

SUMARIO. 1. Consideración de orden general. 2. Ejercicio de la jurisdicción universal allende los confines territoriales de las competencias del Estado soberano de hoy día. 3. Conexión que, entre ordenamientos jurídicos, puede establecer la jurisdicción ordinaria sobre la libertad de empresa y sus repercusiones en la suerte del Estado de Bienestar. 4. Importancia de la seguridad jurídica para conseguir, en lo concerniente al Estado de Bienestar, la modernización del sistema de fuentes del Derecho objetivo. 5. Desafíos que ha de afrontar la jurisdicción ordinaria en favor de las oportunidades actuales del Estado de Bienestar. 6. Compromisos que los jueces ordinarios están en condiciones de adquirir para difundir y defender el Derecho justo. 7. Particularidades del complejo sistema de fuentes en el Derecho de las relaciones de trabajo. 8. Plenitud existencial del ordenamiento jurídico en el presente del Estado de Bienestar. 9. Funciones que incumben a los jueces ordinarios para avalar la paz que necesita el Estado de Bienestar. 10. Perspectivas didácticas de la jurisdicción ordinaria en las peripecias del Estado de Bienestar. 11. Relaciones e injerencias de los ordenamientos jurídicos que asumen y defienden los valores del Estado de Bienestar. 12. Bibliografía de orientación.

1. CONSIDERACIÓN DE ORDEN GENERAL.

El Estado de Bienestar y su programa de progreso irreversible suscitaron el caluroso aplauso de unas aspiraciones colectivas tan vehementes como las que hoy arropan el mito del *desarrollo sostenible* y antaño abonaron el *principio de irregresividad* de las adquisiciones sociales de los trabajadores. Su perfección dogmática admitía, ávidamente y sin vacilaciones, la *posesión innata* de los valores, bienes y derechos que, en pos de aquellos objetivos, resarcían los daños causados a una dignidad individual sojuzgada y deseosa de culminar sus anhelos de liberación. Superados los desvaríos de los regímenes totalitarios y ambientando el panorama de sus innovaciones, el Estado social y democrático de Derecho sirvió de soporte a unas pretensiones inobjetables y atractivas. Dimanaban de la naturaleza de las cosas en los cauces del *retorno incesante del orden natural*, porque, pensadas para satisfacer esta constante, acreditaban una inquietud a toda prueba en pos del mínimo de justicia material que fundaba sus aspiraciones. Andando el tiempo y cultivando los conceptos indeterminados de naturaleza económica,

el bienestar se ha transmutado en la *serie de pasos al frente* o en la *suma de las regresiones* que, ante las excitantes peripecias históricas, proveen al crecimiento de los bienes buscados y al exterminio de los males temidos. Lo hacen en función de los recursos con que los poderes públicos competentes obsequian a las *personas físicas* condenadas a entenderse y coexistir con sus iguales, a las comunidades que se van erigiendo en cuerpo y alma, y a la *sociedad pluralista* compuesta, como evoca el art. 9.2 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1.978), por los grupos en que, espontánea o reflexivamente, se integra el individuo. Ello acontece en un marco de legalidad positiva que, según los vaivenes del tiempo y del espacio, cambia, a distintos ritmos, los registros que, identificando la totalidad de esa noción, vigilan sus oscilaciones. La *inclinación nominalista* –que es fiel al fondo de las cosas y propende a llamarlas por su nombre– determina que la *etiqueta de Estado de Bienestar* haya pasado a designar realidades distintas y distantes de las que, por vez primera, revelaron la generosidad de las ofertas hechas a una sociedad resuelta a enfrentar el desafío de las intimaciones que exclamaban «¡levántate y anda!».

Más allá de su pulcritud académica, el sistema de fuentes del Derecho objetivo ha evolucionado a la hora de verificar la dimensión, la actualidad y la accesibilidad de los derechos, las obligaciones y las situaciones jurídicas que perduran o de súbito surgen en el *depósito del Estado de Bienestar*. Conscientes de la dificultad de contabilizar sus movimientos, sus partidarios se aferran a un haz de valores residuales o sobrevenidos y apuestan por la tarea de impulsar la supervivencia de aquél en la *postura erguida y animosa* que requiere una operación de este calibre. Actitud elogiable, si se toma nota de que el Derecho constituido *no ha bebido los vientos* para rescatar los valores inefables del Estado de Bienestar que se desvanecen y/o dispersan. Ha preferido –como lo atestiguan las impresiones que, a la orden del día, promueven interminables sobresaltos– mirar de soslayo, a lo sumo, y no contrariar las demasías que acreditan el *prevalcimiento insolente de la Economía* sobre la *equilibrada difusión social* de un programa que, desahuciado de sus campos de acción, choca con el sinfín de obstáculos que le oponen sus encarnizados enemigos.

Los cambios de identidad de los bienes afectados por estas sustituciones y/o mudanzas se advierten a la luz de nuevas situaciones históricas diagnosticadas con certeza y lo bastante seductoras para que, de una parte, los analistas del fenómeno del Estado de Bienestar reiteren la voluntad de preservar su itinerario y crecimiento irrenunciables, y, de otra, los interesados en sus adelantos no se desmoralicen ante el fracaso de sus apetencias más dilectas. Defienden unas adquisiciones que, acrecentando la pasión de sus orígenes históricos, precisan de una heroicidad descomunal para que, pese a las insidias de la *enemistad política*, sus afanes no retrocedan un ápice y pregonen, a los cuatro vientos, la pujanza de sus *constantes reivindicativas*.

Los valores y bienes residuales que atesora el depósito del Estado de Bienestar, tienen algo que ver con la presentación de las hipótesis que aprovechan la ductilidad fenomenológica del sistema de fuentes del Derecho objetivo.

2. EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL ALLENDE LOS CONFINES TERRITORIALES DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO SOBERANO DE HOY DÍA.

La amplificación territorial del sistema de fuentes del Derecho objetivo proviene de los impulsos emotivos y de las inquietudes intelectualizadas que secundan la doctrina de la *jurisdicción universal*. Invocan un yusnaturalismo existencial que reitera la tesis del *retorno incesante de sus preferencias axiológicas*. Se asocian al ejercicio de la modernidad que aboga por el conocimiento punitivo de la jurisdicción penal allende los contornos geográficos de la soberanía del Estado. Positivizando las exigencias del Derecho de Gentes de esa actualidad, los textos internacionales han reafirmado una línea de fuerza que concierne al entendimiento de normas jurídicas cuya aplicación –confiada a los jueces ordinarios– se ha tildado, unas veces, de *error excusable* –ante la falibilidad humana del enjuiciamiento regido por una disciplina que, como el Derecho Penal, acampa en las comarcas del mundo del valor–y, otras, se ha tachado de extralimitación propia de un *comportamiento delictivo doloso*, cuyo elemento intencional obedece a vivencias recónditas o a ciertos rasgos de la personalidad que configuran su intrahistoria.

Constan los reparos que echan de menos el título jurídico de atribución de esas competencias, la prueba de su compatibilidad con la unidad de soberanía que trasluce la jurisdicción, la reseña de sus objetivos, el inequívoco enunciado de las garantías ofrecidas y la adopción de mecanismos sancionadores eficaces. La tendencia se encuentra a mitad de camino entre la instintiva adhesión emocional –asumida por las bases de las comunidades– y el impacto de unas demandas sociales convencidas de lo que sus ambiciones son y significan. Hay una irrupción de la voluntad popular –dato invasor que, sin el filtro de una opinión pública homogénea, logra velocidades endiabladas y engendra bastantes desatinos– que considera anacrónicos los obstáculos técnicojurídicos del Derecho constituido y descalifica –cuando no escarnece– a los especialistas que aplican sus normas con sensibilidad y pulcritud. Sus filas no suelen nutrirse de juristas comprometidos y sensatos, pero sí de aficionados de ocasión o *ignorantes de primera fila* que conciben el ordenamiento jurídico como el pretexto de la dominación de los más fuertes o la antigualla que hay que demoler al antojo de cuantos se dicen estorbados por su incomodidad. Su militancia olvida que, según un principio pacífico, *la unidad de jurisdicción es el reflejo que, en el campo procesal, adquiere la unidad de soberanía*. Postura que, en su justa medida, no ha de sufrir correcciones que pugnen con la recta razón y el buen sentido. Entienden muchos que esos originales adelantos responden a las invitaciones del

sano sentimiento popular –etiqueta que, a la luz de sus orígenes históricos, merece alguna que otra revisión– y a los llamamientos del progreso. Como si éste se redujese a una *excursión mecanicista*, privada de la celosa administración de sus hallazgos y conchabada con cuantos extravíos salgan a su encuentro para compartirse lastimosamente. La obsesión de *culminar un fin a cualquier precio* enmascara las obnubilaciones del error invencible que emponzoña la *licitud de los medios*.

La decepción intelectual de los juristas y el escepticismo de la sociedad prueban las frustraciones de un sistema incapaz de reprimir eficazmente las devastaciones de una delincuencia internacionalizada por iniciativas inhumanas y egoísmos inmisericordes. Ya el p. (parágrafo) 23 EMTPC.c. (Exposición de Motivos de la Ley de 31 de mayo de 1.974, que reformó el Título Preliminar del Código Civil) se cercioró del estado de cosas que, ante el peligro de esas amenazas, forzaba a definir el mundo contemporáneo –dispuesto a proteger su identidad– como un *conjunto creciente de interacciones a escala internacional y mundial*. La que –sin imaginación ingeniosa, abierta a la originalidad de sus fenómenos y estéticamente asociada a su rotulación– se denominaría después *aldea global*.

La *globalización* depredará los adelantos de un antropocentrismo tan fatigoso de arraigar con fortaleza suficiente, como asequible a la voracidad del *neoliberalismo salvaje* que, simulando restaurar el universo químicamente puro de las libertades, silencia sus escalofriantes compromisos. Pasa a considerarse deleznable cuanto, en pro del respeto debido a la dignidad de la persona individual, entraña un valor colectivo regido por las pautas de la moralidad y la justicia material. Se le reemplaza por el malevolente artificio de convertir en vicios las virtudes –solidaridad, intercomunicación y acercamiento– que constituyen una consecuencia valiosa del *empequeñecimiento del mundo*. Sobrecoge el afán de destruir, sin un ápice de mala conciencia, los avances que las formas perversas de la globalización condenan a un exterminio selectivo.

Los criterios de la punición irrestricta de la delincuencia supranacional eran el elogiado testimonio de una *mundialización* destinada a fortalecer la bondad de sus orígenes, aunque –si la perspectiva se afinaba –se atisbasen también los atributos repulsivos de su semblante demoníaco. No en vano sobrevive la ley histórica que reconoce el tránsito del *ejercicio templado del poder* a las desfiguraciones de su *rostro diabólico*. Seduce, como contrapeso, la consigna de revigorizar la máxima que reza «*allí donde la justicia dé contigo, allí serás juzgado y responderás de tus delitos*», cuando un juez territorialmente competente en el interior de un Estado soberano, persigue las infracciones cometidas en un distante rincón del universo, donde las victorias del dogma de la jurisdicción universal se aplauden con el optimismo de la lucha librada contra una especie de criminalidad hasta entonces impune. Los contenidos de estas expectativas acrecientan las intuiciones del Estado de Bienestar apetecible y, en lugar de otras que se desvanecen, modernizan

el elenco de sus finalidades protectoras. Con todo y ello, el balance final de semejante *hoja de ruta* no deja de encerrar más de una incógnita.

La atención prestada a los derechos que, desde su advenimiento a este mundo, acompañan a la persona humana y mejoran a causa de la modernidad que les ilustra, se ha de multiplicar para reprimir las agresiones consumadas más allá de los límites territoriales de la soberanía del Estado en que su enjuiciamiento natural debe ocurrir. Nadie duda de que, por muy distantes que entre si se hallen las personas y las cosas, siempre *han sido legión* los que, bajo el estigma de los ultrajes infligidos a sus cuerpos y almas, se han refugiado en una torre que, allá en la lejanía, acoge sus gemidos y sus lágrimas ante la incapacidad de acabar con tantas desventuras. A todos entristecen el desgaste y la indigencia de un Derecho común que, huérfano de sensibilidad innovadora, no se ha molestado en indagar otros valores atendibles ni ha reparado en el tamaño de las explosiones de insolidaridad, en lo atroz de las abstenciones injustas de resarcimiento inviable, y en lo abrumador de los daños causados omisivamente por la indiferencia, la desmemoria y el olvido. El Estado de Bienestar –cuyo tejido combina notables enriquecimientos con espectaculares defecciones– no se concibe sin que una de sus alternativas de presente resida en el capítulo de una *Política Criminal* dispuesta a perseguir, sin tregua, la suma de maldades que –cuales la *vulneración de los derechos humanos*, el *despliegue del terrorismo* a ultranza y el frenesí morbosos de los *delinquentes económicos*– cavila, planifica y emprende la codicia de los sectores más abyectos de la Humanidad.

El sistema de fuentes del Derecho objetivo ofrece un punto de inflexión que destaca el relieve de la jurisdicción universal. *El derecho fundamental de todos al juez ordinario predeterminado en la ley*, según el art. 24.2 CE, afluye a preceptos procesales que, como el art. 23.3 y 4 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1.985), reseñan los tipos delictivos que ensanchan la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales del Estado social y democrático de Derecho. El juez ordinario –consciente del *deber de sometimiento al imperio de la ley* con que le avisan los arts. 117.1 CE y 1.1 LOPJ– ha de atenerse a las garantías de la seguridad jurídica, del principio de legalidad en materia penal y del derecho a la defensa. Los arts. 9.3, 24.1 y 25.1 CE se han escrito y están donde se encuentran para madurar su memoria y recordarle los inconvenientes de erigirse en un *personaje tau-matúrgico*. No puede asumir –más allá de sus atribuciones interpretativas– los cometidos de otros poderes públicos. Menos aun cabe que, asignándose competencias de excepción, se arrogue –sobre todo en la delicada materia penal– las funciones cuasilegislativas que proscriben la improvisación emocional o demagógica y exigen una pausada reflexión, una sana formación interdisciplinar, una objetividad a toda prueba y una entereza indiscutible. Ciertamente los beneficiarios de las acciones –preventivas o terapéuticas– del Estado de Bienestar tienen derecho a que los jueces ordinarios les garanticen la cuota de paz social amenazada por las irradiaciones de la delincuencia

internacional que se combate. Quienes entonces hacen gala de un *talante revolucionario* y dicen auxiliarse del *uso alternativo del Derecho*, olvidan que, según la disección de estos conceptos, deben darse las *condiciones de ponderación y de templanza* que demuestren estar en posesión de dicha cualidad. Los textos inventores de la Magistratura contemporánea distinguieron lo que la función de administrar justicia tenía de *emocionalmente irreprimitable*—no en vano la voz *sentencia* data del infinitivo latino *sentire*— y el *desvarío de las turbas de juristas* que, hollando el imperio del Derecho, comulgaban a ciegas con la sinrazón y ensalzaban los envilecimientos del error. Los pobladores del Estado de Bienestar tienen derecho a que los jueces ordinarios les garanticen el sector de paz social avalada por la aplicación—excepcionalmente extraterritorial— de unas normas penales dictadas para recobrar los valores y bienes que se les han arrebatado.

3. CONEXIÓN QUE, ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS, PUEDE ESTABLECER LA JURISDICCIÓN ORDINARIA SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SUS REPERCUSIONES EN LA SUERTE DEL ESTADO DE BIENESTAR.

El *principio de primacía del Derecho comunitario* se entiende a la luz de su *misión vertebradora* del ordenamiento jurídico que le convierte en *clave de su razón de ser y su eficiencia*. Significa que, amén de la preponderancia de las normas de Derecho europeo sobre las del mismo marco que se le subordinan, ninguno de los Estados miembros de la UE (Unión Europea nacida del Tratado de Maastricht o Matrique de Flandes de 9 de febrero de 1.992) puede desnaturalizar o deprimir el carácter de una institución a la que asiste la preeminencia propia de aquella jerarquía. Denota la superioridad categórica o el rango que sus normas ostentan respecto a las demás integrantes de un todo que las asimila y engloba. Condicionan también sus peculiaridades y su fisonomía.

Una de las funciones sociales de la libertad de empresa—referida a la economía de mercado en el art. 38 CE— impone a los empleadores unas cargas que coexisten con los *dictados de la flexibilidad y la justificación del ejercicio de la resistencia frente a los abusos globalizadores*. Han de asumir riesgos extraordinarios—a que antaño no les apremiaban los acontecimientos críticos de la Economía— y cursar, sin el *brazo encogido*, sus ofertas de empleo a los demandantes provistos de una fuerza de trabajo idónea para solicitar y obtener ocupación en los azaroso yacimientos de los ciclos productivos que, andando la crisis y a fin de atenuar sus consecuencias, se estrenan, reconvierten o combinan ambas posibilidades. La *libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales* son derechos fundamentales de la UE que—como base y fundamento de una gobernación equilibrada—incorporan los *contenidos innatos* pertenecientes a sus destinatarios, a los órganos públicos de la UE y a sus posteridades respectivas. Así se impiden las rebajas con que—cediendo a flaquezas reprobables— el Derecho interno

de los Estados miembros intente vaciar aquellas libertades en reductos de inferior nivel o jerarquía.

He aquí todo lo contrario de manejar el art. 38 CE como un instrumento de quién sabe qué ligerezas o arbitrios que, sorteando el gravamen impuesto en el art. 33.2 CE, violan el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho constitucional afectado por sus vicisitudes. Distinto es aferrarse a razones de urgencia que le afectan arguyendo *el sometimiento a un orden público económico que la UE segrega, casuística y asistemáticamente, por goteo y que cobra espeluznantes dimensiones a causa de los sucesos relativos a la entereza de la moneda única y a las convulsiones especulativas que esta cuestión desencadena*. Las libertades de establecimiento y circulación de capitales son *derechos fundamentales de la UE*, sin cuyo acicate y actuación –inseparables del pasado, el presente y el futuro de las instituciones comunitarias– se resquebrajaría el ordenamiento jurídico europeo, harto afligido por la insolidaridad continental. Si se degrada la libertad de empresa que el art. 38 CE reconoce en el ámbito de la economía de mercado, se conculca la interdicción de la primacía del Derecho comunitario que *prohíbe asignarle un rango y una cualificación inferiores a los que le corresponden en el marco jurídico-económico de la Europa integral*. Se adultera su naturaleza si –como hace la sec. 2^a, cap. 2^o, tít. CE– se apela al nominalismo genérico que la considera uno más de los *derechos y deberes de los ciudadanos*. Ello es tanto como eximir a sus titulares del papel que les incumbe en el tratamiento de una recesión económica que amenaza, irrumpe o aumenta de tamaño. Se desactivaría una carga imprescindible para paliar los males de la sociedad y evitar la degradación de un empleo castigado por las lacras que aumentan el ritmo de su destrucción acelerada. ¿Se dará, alguna vez, con las *claves profundas y ocultas* de estas aberraciones?

De la sensibilidad de los jueces ordinarios depende adherirse a la tesis que –fundada en el enfoque finalista del *principio de primacía del Derecho Comunitario*– confiere a la libertad de empresa el *carácter de derecho fundamental* que le ha rehusado el legislador constituyente. La conclusión coincide con los criterios de la opinión pública y las demandas sociales que, al respecto, no yerran ni vacilan. He aquí una sugerencia de *reforma constitucional innominada*, fruto de las iniciativas judiciales que, acogidas al art. 9.2 CE, removerían no pocos de los impedimentos obstatantes a la buena marcha de la economía general. A imitación de las libertades sindicales individuales y colectivas, la libertad de empresa –motor del cambio imprescindible para paliar los contratiempos de un catastrófico presente o salvar el mobiliario de la economía– gozaría de la tutela reforzada que el art. 51.2 CE confiere a los derechos fundamentales. Los novedosos compromisos de la libertad de empresa recuerdan el revuelo que –bajo la pintoresca etiqueta de *vedette del Derecho* en los ambientes adelantados de su tiempo– provocaron la recepción y el estudio de las cuestiones relativas a la responsabilidad civil. Urge componer un cuadro de reproches y responsabilidades –inclusive penales–

que sancione la deserción de cuantos –titulándose *emprendedores* a partir de un italianismo reforzado– vulneran el contenido esencial de esa libertad y omiten los sacrificios exigidos por la cobertura de su núcleo inviolable.

Los valedores del Estado de Bienestar infringen un compromiso capital si no trasladan estas reflexiones a normas jurídicas de aplicación directa y –olvidando el rango y el empaque constitucionales de la libertad de empresa– privan a los jueces ordinarios del utillaje necesario para eludir escollos de presumible aparición. Ante tamaña exigencia social, la *receptividad imaginativa de la jurisdicción* tiene la última palabra. Sus lecturas ayudarán a cerciorarse de si los *emprendedores* –que a su cualidad de oferentes de trabajo deben sumar la voluntad inquebrantable de arrostrar contingencias que no les arredran– satisfacen sus funciones sociales o si crece el número de los *empresarios a secas* que las desatienden, porque, insensibles a la voladura controlada de sus efectivos humanos o cómplices de iniciativas semejantes, se abstienen de imprimir a sus procesos productivos la continuidad y robustez que detengan el hundimiento del empleo.

La libertad de empresa –a cuyo núcleo invulnerable pertenece la propiedad de los instrumentos y medios de producción– deja de ser un escudo *derecho-facultad* y soporta una *carga coherente con la función social* que le confiere el art. 33.2 CE. Esta consiste en usar de la *flexibilidad* para reanimar los procesos afectados por la recesión y mantener los puestos y las ofertas de trabajo cuya supervivencia se opone a los gestores de la *operación repugnante de signo contrario*. El contenido esencial –que ha de respetarse si los arts. 33.2, 38 y 53.1 CE se coordinan armónicamente– incluye el gravamen de atajar la virulencia de un achaque que, si se perpetua, arroja sobre el sedicente Estado de Bienestar las lacras del desprestigio general que denuncia la sociedad contemporánea –agredida por tales complacencias– y la posteridad ofendida y arruinada por ese descrédito.

4. IMPORTANCIA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PARA CONSEGUIR, EN LO CONCERNIENTE AL ESTADO DE BIENESTAR, LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO OBJETIVO.

La *posición privilegiada de la seguridad jurídica* en el contexto de la legalidad fundamental significa una pieza insustituible para el sano funcionamiento del Estado de Bienestar. El art. 9.3 CE participa a la ciudadanía y a los poderes públicos que, sin perjuicio del *bloque de moralidad legalizada* que alberga el TPCE (Título Preliminar de la Constitución española), la seguridad jurídica no se acoge superficial o tibiamente. Se vigoriza convirtiéndola en resultados perceptibles por cuantos asocian su concurso a la solidez de los derechos, las obligaciones y otras situaciones jurídicas que les gratifican. La *seguridad jurídica formal* –constante en el art. 9.3 CE– refuerza la médula del bienestar social y oxigena la confianza de los ciudadanos en el tino con que, aun sin considerarla un derecho fundamental, el constituyente la privilegia desde otras perspectivas. Transmite el general convencimiento

de que siempre se dispondrá de medios aptos para pacificar y/o disolver los conflictos de intereses que rebasan la normalidad de las tensiones anejas a su fisonomía. Promete su supervivencia y crecimiento frente al retoricismo del extinto sistema paternalista autoritario que anticipó la fórmula del art. 17 FE (Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1.945, modificado por la Ley de 10 de enero de 1.967), declarando el derecho de los ciudadanos a una seguridad jurídica exigente de que *todos los órganos del Estado actuasen según un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podían ser objeto de interpretación ni alteración arbitraria*. No hay constancia estadística de la aplicación y la frecuencia con que, desde entonces, se usó acertadamente de una proposición tan impecable. Luego especificada en el TPC.c. que –gracias al «*sucedió mañana*» de la sutileza reformista y no a la *zafiedad del rupturismo*– devino el *desarrollo preconstitucional* (¿?) de un criterio que, en virtud de la DD.3 CE (Disposición Derogatoria 3 de la Constitución española), disuadía de su derogación y alentaba su continuidad.

La garantía se proyecta sobre el porvenir, pues la *seguridad jurídica material* –valor del ordenamiento jurídico que incide en las alternativas de la acción transformadora– requiere observar una *carga de recuperación*. Un rescate impuesto a los poderes públicos que, con mal disimulada apatía, se desentienden de las desasosegadas peripecias de un Estado de Bienestar por el que –repicando a muerto– *doblan aquí y ahora las campanas*. Aumentan los desmanes de unas acciones globalizadoras que, pisoteando tantos y tan valiosos adelantos, quieren aniquilar lo que aun perdura de su creatividad inolvidable. La jurisdicción ordinaria está llamada a reprimir, en nombre de los compromisos inmanentes al cambio social, esas aviesas intenciones y restaurar los pilares de una seguridad jurídica cuyo detrimento augura las penurias de un futuro menos optimista. Se vive a la espera de un control judicial efectivo de los desórdenes globalizadores que, declarando una *guerra sin cuartel* al Estado de Bienestar, quieren exterminar, caiga quien caiga, lo que aun resta de sus promesas reductoras de la infelicidad de los seres humanos.

5. DESAFÍOS QUE HA DE AFRONTAR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN FAVOR DE LAS OPORTUNIDADES ACTUALES DEL ESTADO DE BIENESTAR.

Aunque el p. 10 EMTPC.c. deniega a la jurisprudencia el carácter de *fuerza del Derecho*, la causticidad con que la doctrina de la justicia constitucional ha desautorizado algunas actuaciones de la jurisdicción ordinaria, distorsiona la imagen añorada para cohonestar los elementos del interés general que son la *convivencia exenta de conflictividad desordenada*, la *colaboración tangible y solidaria* y la *generación de resultados positivos* por los portadores de los intereses individuales y colectivos. Lejos de transmitir tranquilidad, esos acontecimientos –que tienen lo suyo de desconcertantes– no obedecen a la contraseña que reza «*de la contradicción sale la luz*» ni

al axioma filosófico del devenir, para el que «*la guerra lo engendra todo y es la clave de cuantos lances y sorpresas depara la vida mundana*». Sí que, en cambio, las divergencias alimentan reacciones escépticas. El parecer de una opinión pública desinformada y sin rumbo agrava las dolencias de un mal tan patente como lamentable. La declaración legislativa –que se echa de menos– de que *la jurisprudencia ordinaria es algo más que un complemento interpretativo*, se saludaría con elogios unánimes, pues añadiría un prestigio enorme a la tarea de dilucidar los conflictos –enojosos y embrollados– que provocan la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas conforme a los hechos subsumibles en sus regulaciones. La sociedad se aprovecharía de una estimable adquisición, porque, al realizarse el cometido de la jurisdicción ordinaria, se acallarían los desasosiegos de las conciencias ignorantes y/o enfebrecidas por los antagonismos, se atenuarían las tensiones pendientes o a punto de incoarse, se racionalizaría el capricho de acudir por inercia a la justicia constitucional y se cancelarían sus incursiones –¿objetivamente inconstitucionales?– en los reductos de la jurisdicción ordinaria. Se cerraría, para la serenidad intelectual de casi todos y la normalización del Estado de Bienestar, el último capítulo de una pedagogía desaconsejable. Renacerían las oportunidades de eliminar los estigmas sociales y llamar a las cosas por su nombre. Nadie puede aceptar, sin invocar los fueros del *sentimiento constitucional*, la frecuencia con que –¿desoyendo una de las garantías del art. 9.3 CE y acaso infringiendo la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos?– la justicia constitucional acude a los arts. 14 y 24.1 CE para atestar un *cajón de sastre* que almacena los controles más heterogéneos del ejercicio de la jurisdicción ordinaria.

La integración pacificadora de las normas de Derecho objetivo sería irprochable si, amén de fijarse la doctrina general sobre el caso, se coincidiese en los métodos aptos para que la jurisdicción ordinaria –competente en los diversos sectores del ordenamiento jurídico– colmase los vacíos pendientes de ocuparse por las normas llamadas a pormenorizar el laconismo de algunos principios y preceptos programáticos. Las concreciones esperadas y exigidas se aplazan indefinidamente o se abren paso demasiado tarde. El actual demérito del Estado de Bienestar no permite resignarse a perder esas expectativas. Se traiciona su artesanía programática si sus disposiciones generales no se especifican antes de que transcurra un tiempo razonable, más allá del cual la mora del legislador escandaliza y desatiende los intereses generales. No pueden perpetuarse situaciones en que los destinatarios de las normas jurídicas denuncian el olvido de unos intereses que, pese a su inobjetable legitimidad, se resienten de una desnudez afrentosa. La jurisdicción ordinaria viene obligada a liquidar una diferencia de trato –ayuna de justificación objetiva y razonable– entre los ciudadanos arropados por la regulación exhaustiva de sus relaciones jurídicas y los que sufren la orfandad de un desarrollo que indefinidamente se pospone. El art. 9.2 CE prohíbe perpetuar una *casta de destinatarios desheredados o de segunda zona* de las

normas jurídicas azotadas por esa discriminación. Serían aprovechables los criterios que, según el art. 3.2 C.c., ofrece la ponderación de la equidad para fertilizar la suerte de unos *intereses desvirtuados* que mejoran de condición en cuanto la tutela judicial les califica de *intereses vigorosos*. Desaparecería el tratamiento discriminatorio de los agraviados por una resistencia injusta de la soberanía del Estado que, ante la dilación de algunos de sus países miembros, el Derecho judicial de la UE –por citar el modelo exigible– ha corregido ejemplarmente. Se extinguiría una *especie vitanda de obligaciones naturales* cuya prolongación estigmatiza a los poderes públicos que, abusando de su decisionismo político, las incumplen paladinamente.

La aplicación judicial del Derecho garantiza la entereza y el flujo regular de los valores del Estado de Bienestar. Se enfrenta a los traumas de la génesis del Estado compuesto y a la catarata de los eventos económicos que avitualan el concepto jurídico indeterminado de *realidad social*. El art. 3.1. C.c. –regla interpretativa y, además, susceptible de las relecturas que autorizan su revisión y puesta al día– ha de entenderse en el sentido de que, a diferencia del Estado unitario que suponía una *sola y única realidad social* del espacio compacto de aplicación de las normas jurídicas, el Estado plural de las autonomías se compone de *distintas realidades sociales*. Se aprecian éstas al calor del *espíritu móvil*, estimulante de la voluntad evolutiva de las leyes que, en cada lugar y cada tiempo, induce a descubrir –trayéndolas a la superficie y no inventándolas arbitrariamente– las reformulaciones necesarias. Las realidades económicas –inherentes a la magnitud y los factores de la crisis– son conceptos jurídicos indeterminados que, auxiliados por los especialistas, los jueces ordinarios difunden mediante proposiciones arregladas a sus capacidades pedagógicas. No cabe constreñirse a los minimalismos de la *sana crítica* –que reitera el art. 348 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000)– ni acatar ciegamente el parecer de los expertos, sino que se han de describir, minuciosa y persuasivamente, las realidades que –amén de la notoriedad de los sacrificios impuestos a una ciudadanía indefensa– alojan los *valores de contenido variable* que influyen en los criterios evolutivos de interpretación. Los jueces ordinarios no son meros resonadores del saber especializado y, por imperativos de justicia, han de *sumergirse en las realidades económicas* que abarcan los supuestos de hecho –objeto de la prueba– y las normas de Derecho objetivo que se les aplican.

Las realidades económicas encierran un valor genérico de contenido variable que recaba muchas y llamativas precisiones de la jurisdicción.. La nostálgica tesis de que *el juez es el intérprete de una civilización* resalta lo excepcional y duro de las servidumbres causadas por una pavorosa recesión económica que no lleva camino de tocar fondo. El Poder Judicial no estaba avezado a los laberintos de estas *excursiones interdisciplinares* hasta que –al servicio solícito del Estado de Bienestar– le ha llegado el momento de penetrar en ellos. Defenderá, si a bien lo tiene, la verdad de una causa cuya ocultación denuncia –resaltando los *embustes economicistas*– la sociedad

dañada por el reparto arbitrario de sus reducciones, y reprobará la ausencia de una información –veraz e inteligible– que, por precepto del art. 20.1 a) CE, se le adeuda y, ello no obstante, se le escamotea.

6. COMPROMISOS QUE LOS JUECES ORDINARIOS ESTÁN EN CONDICIONES DE ADQUIRIR PARA DIFUNDIR Y DEFENDER EL DERECHO JUSTO.

La sustancia del sistema de fuentes del Derecho objetivo refrenda la tesis –reconfortante y singular– de que *la verificación de la justicia material de las normas jurídicas precede a cualesquiera otras reflexiones relativas a su validez o a la regularidad formal de su proceso de generación*. El mensaje del art. 1.1 CE conduce a esta conclusión meridiana, porque el valor supremo de la justicia material revela una opción sobresaliente y preferible entre otras concurrentes y llamadas a salvar las expectativas del Estado de Bienestar. Ese valor –que indisolublemente funde la igualdad y la libertad efectivas– vincula a los jueces ordinarios que, auxiliados por las técnicas que tienen a mano, pueden contener el alud de las leyes injustas y mantener aseados, gracias a su rechazo, los espacios expuestos a sus invasiones. Pese a lo indivisible y unitario de su imagen, la justicia es un *concepto jurídico indeterminado* que, a la hora de cuestionarse su definición más certera, tolera un *pluralismo templado* y acorde con la naturaleza de las cosas. Los valores superiores del ordenamiento jurídico –que enumera el art. 1.1 CE– se resumen en la *idea general de justicia*, fruto de la igualdad y la libertad reales y efectivas que enaltece el art. 9.2 CE, mientras que el pluralismo político es una subespecie de las mismas. La justicia es el *valor supremo del ordenamiento jurídico* y no cabe, antes bien desorienta, fragmentarla en modalidades o variantes. Otra cosa son las evasiones emocionales o retóricas que pugnan con esa integridad. De ahí, la posibilidad y la exigencia de que los jueces ordinarios suspendan la aplicación de las leyes injustas o, conforme al art. 163 CE, promuevan cuestiones de inconstitucionalidad para eliminar las contradicciones que, vulnerando frontalmente y no tan sólo erosionando los principios y/o preceptos de la legalidad fundamental, se divisan a primera vista. Aunque irreprouchablemente promulgadas, *las leyes injustas escarnecen un valor sobrepuesto al todo de esa legalidad y al resto del ordenamiento jurídico*, a los que, según los arts. 117.1 CE y 1.1 LOPJ, el Poder Judicial queda exclusivamente sometido.

Ha ganado fortuna el parecer de que las leyes deben atenerse, con el vigor y exactitud posibles, al criterio de las demandas sociales que postulan la positivización o *puesta en la ciudad* de los intereses auspiciados por sus proposiciones. El error sustancial –que amenaza a la tarea de escoger las demandas sociales auténticas y apartarlas de las falsificadas– irroga a la causa del Estado de Bienestar un daño difícilmente resarcible, pues los perjuicios derivados de una identificación equivocada no se enjugan con las adquisiciones que tratan de compensar la degradación o impedir el posible desgaste. Cuando el legislador da el «*si quiero*» a las vehementes expresio-

nes del *decisionismo político* parlamentario, la jurisdicción ordinaria puede preguntarse si no es precario o simulado el fuste de las demandas sociales traídas a capítulo y si este vicio no incurre en servidumbres que las confunden con tales preferencias. Pese a su legitimación o apariencia de tal, el sano sentimiento de la sociedad segrega razones bastantes para suspender la aplicación de unas normas que, sin haberse derogado, están destituidas de su *valor vital*. Las leyes sólo *se derogan por otras posteriores*, reza el art. 2.2 C.c., pero *se consideran abolidas* –lo que es tanto como inutilizarlas en perjuicio del intereses de sus destinatarios– si, pese a sus impecables apariencias, contravienen la voluntad mayoritaria de la sociedad pluralista en que, a tenor del art. 1.1 CE, se organiza el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

La cita que, de pasada, dedica el art. 1.4 C.c. a los *principios informadores* del Derecho objetivo –sin exceptuar el de la *búsqueda insistente y la veneración de la justicia material*– reconoce la eminencia del *Derecho justo que encabeza un ordenamiento jurídico caracterizado por la excelsa imagen de su cielo moral*. Este anticipo es una *norma en blanco* que adquiere color y contenido si se repara en la cualidad de *supremo valor del ordenamiento jurídico* que el art. 1.1 CE confiere a la justicia. Circunstancia que, gracias a esa función informadora, permite a la jurisdicción inaplicar las leyes cuya experimentación revela los componentes de injusticia material que en ellas concurren.

De estarse a lo prescrito en los arts. 5.1, 6 y 7.1 LOPJ, el Tribunal Constitucional es el *supremo artífice* del Derecho aplicable y no sólo el *máximo intérprete* de la Constitución. Los recursos de amparo –cuya excesiva interposición se ha criticado y reducido en parte– fomentaron una aplicación –imprevista y masiva– de los arts. 14 y 24.1 CE, y provocaron revisiones –inéditas y un tanto peregrinas– del ejercicio de la jurisdicción ordinaria. El objetivo fiscalizador resultó del propósito de controlar las decisiones y las supuestas desviaciones ideológicas de una jurisdicción cuya depuración larvada se ensayaba por ese camino. Son palpables y, hoy por hoy, no llevan traza de moderar su acidez, los desencuentros entre una *jurisprudencia ordinaria deprimida* y los pronunciamientos de una *justicia constitucional teñida de aspereza dialéctica* cuando amonesta o desautoriza a la primera. Según el art. 5.1 LOPJ, su eficacia vinculante no exige reiterar la doctrina fijada que ha de prevalecer en el futuro, dimana de toda clase de procedimientos y anida incluso en las resoluciones interlocutorias. Para el art. 1.6 C.c., la jurisprudencia ordinaria descansa en la reiterada autoridad de lo resuelto, se genera con ocasión de los recursos extraordinarios que atañen a las dudas planteadas y se formaliza a través de una sentencia. A estas diferencias conceptuales se suman anécdotas de arte menor. La jurisdicción ordinaria ha multado a los Magistrados del Tribunal Constitucional por entender que algunas de sus resoluciones no estaban suficientemente motivadas. La justicia constitucional no ha devuelto al juez natural, en más de una ocasión,

el conocimiento de asuntos que le competía en sede de jurisdicción ordinaria y ha declarado firmes las resoluciones que –tras prosperar el recurso de amparo interpuesto contra el acto impugnado– debían dictarse nuevamente a causa de la declaración de nulidad. Lo cual, quíérase o no, confisca el derecho –que reconoce el art. 24.2 CE– al juez ordinario predeterminado en la ley y le reemplaza por una *expresión innominada del principio de economía procesal*.

La *planificación democrática* es el género próximo de una especie con que, entre luces y sombras, la UE bosqueja un *orden público* pensado para identificar y mitigar los males de la recesión, mostrando, de paso, el discutible europeísmo y la anarquía desestabilizadora de algún que otro de los Estados miembros. No se conciben la negligencia y la tardanza en afianzar sólidamente los pilares de Derecho necesario que, para no desintegrarse y ser fiel a sus fines, requieren las variantes de la aglutinación europea. Ha habido que llegar a un *estado de alarma económica* para que, a falta de previsiones y técnicas automáticamente correctoras de las demasías neoliberales, se haya disparado una guerra de nervios desedificante, promoviendo, a buenas horas, la perentoriedad de un orden público económico al que, desde un principio, los juristas y los economistas de pro comunitarios no dedicaron su reflexión más minuciosa. Sin criticar lo heterogéneo y laxo de sus fuentes, la situación de crisis económica ha impulsado a fabricar de prisa un Derecho necesario –indulgente con el rigor técnicojurídico de su elaboración– que ingresa en el ordenamiento jurídico comunitario. Vincula a la jurisdicción ordinaria que resuelve los casos en que sus anomalías requieren estar a esas limitaciones. Sus cortapisas –que cambian de un día para otro– dan idea de la precipitación y la ambigüedad con que se contempla una seguridad jurídica asediada por prejuicios políticos y –¿cómo no?– por la envergadura de los ajustes de cuentas subyacentes.

Las interacciones de la jurisprudencia ordinaria y la doctrina de la justicia constitucional plantean una hipótesis digna de examinarse en el debate sobre la subsistencia del Estado de Bienestar o su condena a un decadente porvenir. Según los arts. 117.1 y 160.4 y 5 CE, los jueces ordinarios están exclusivamente sometidos al imperio de la ley que interpretan y aplican conforme a los criterios hermenéuticos que les suministran el art. 3.1 C.c. y las aportaciones complementarias de la jurisprudencia. Los jueces constitucionales pueden pertenecer legítimamente a partidos políticos y sindicatos, siempre y cuando no ejerzan funciones directivas ni mantengan con ellos relaciones de empleo. La *independencia* que, no obstante esta singularidad, les exige el art. 159.5 CE, se condice mal con tales adscripciones y no les impone la renuncia a unas opciones sindicales y/o políticas anudadas a la militancia que se les consiente. Dista de prohibirles que, al decidir los asuntos cuyo enjuiciamiento les compete, sus motivaciones reflejen esa pertenencia y la proyecten sobre el razonamiento y el sentido de sus resoluciones. La *independencia propiamente dicha* exige que ninguna coerción exterior

traspase el blindaje de la autonomía intelectual y sojuzgue la voluntad motriz de su decisionismo, pero no se refiere a las vinculaciones con las que el constituyente condesciende. El *sometimiento exclusivo de los jueces ordinarios al imperio de la ley*, que resalta el art. 117.1 CE, significa que sus pronunciamientos han de sustraerse a los tuteos o flaquezas que debiliten esa sujeción. ¿Qué decir del entendimiento de las normas constitucionales que, a causa de las adscripciones sindicales o políticas de los supremos intérpretes de la legalidad fundamental, colisiona con el alcance que –según los elementos de interpretación que reseña el art. 3.1 C.c.– los jueces ordinarios pueden otorgar al sentido propio de las palabras de las leyes y/o a la lógica comprensión de sus proposiciones? ¿Es admisible un *derecho de resistencia judicial* frente a esas eventuales interpretaciones? ¿No inquieta el silencio del art. 5.1 LOPJ, que algo pudo y debió, cuando menos, insinuar al respecto? ¿Cabe conciliar la *independencia natural* con las premoniciones de una *imparcialidad en peligro*? La serenidad jurídica del Estado de Bienestar no puede hacer oídos sordos al problema, que entonces irrumpe, de elegir una u otra de las variantes del Derecho justo. La *independencia judicial de toda la vida*, en cuanto inteligible e inequívoca, difiere de la *independencia relativizada* de los jueces constitucionales que –afiliados a sindicatos o partidos políticos y ante el estupor de los juristas– pueden explotar el *instrumento de modernidad* (¿?) con que les ha obsequiado el legislador constituyente. Disponen de él para operar sobre el valor superior que, *plasmado en la justicia*, tolera evasiones conceptuales de asimilación intelectual muy enojosa.

En la intimidad de los cambios de impresiones y ocurrencias oficiosas que precedieron a la apertura del Tribunal Constitucional, circulaba el propósito de utilizar, como *cajón de sastre*, los arts. 14 y 24 CE para fiscalizar –gracias a un *uso alternativo del Derecho*– la aplicación del Derecho objetivo por la jurisprudencia ordinaria y sustituir, llegado el caso, una o más de sus atribuciones soberanas. Por el momento, están servidos el enfrentamiento de ambas instituciones y el flaco servicio que la noticia de esta y otras novedades presta a la opinión pública sorprendida por ellas.

7. PARTICULARIDADES DEL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO.

Conviene desintoxicar el laberinto en que las fuentes del Derecho individual del trabajo se tratan como *fuentes del Derecho objetivo* y no como *fuentes completivas* o reguladoras de una relación contractual cuya exclusivo título es la ley que ha cuidado de tipificarla. La costumbre y los principios generales del Derecho no constituyen fuentes del Derecho objetivo, sino fuentes disciplinantes de un contrato estampado por el legislador en negro sobre blanco. Las otras fuentes son homólogas de las que el Derecho de las obligaciones contractuales utiliza para integrar relaciones jurídicas –véase el art. 1.258 C.c.– que, como resulta del art. 35.1 CE, expresan la equivalencia objetiva y no subjetiva de las prestaciones. Excepción al criterio general

que, de no existir una lesión considerable, los arts. 1.274 y 1.293 C.c. predicen de los contratos conmutativos y onerosos. La precisión obliga –muy enfáticamente– en una *coyuntura de agresión contra la justicia conmutativa contractual* de las relaciones individuales de trabajo y en el menoscabo de las iniciativas salvíficas del Estado de Bienestar. Queda claro que el art. 3.1 ET (Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980) no es una fuente del Derecho objetivo y sí una fuente completiva similar al art. 1.258 C.c.

Se yerra emplazando los convenios colectivos en el sistema de fuentes oficiales y pasando por alto que, lejos de ser ese su natural enclave, las normas dimanantes de su perfección pertenecen a un *ordenamiento jurídico extraestatal* de base institucional, asentado en el espacio geográfico de la soberanía del Estado y –he aquí el dato diferenciador– concurrente con un Derecho estatal del que no forma parte. No faltan las cavilaciones y las conclusiones dogmáticas que, obviando la evidencia de esta distinción, suministran un discurso embrollado y superfluo. Olvidan que uno es el *ordenamiento jurídico del Estado*, al que literalmente aluden los arts. 1.1, 9.1 y ¿146.1? CE, y otro el *ordenamiento jurídico sindical*, fruto –como enseñan los arts. 7 y 37.2 CE– de la autonomía colectiva y no de la creación de los legisladores. Se suscita un *falso problema* si el concurso de normas de ordenamientos jurídicos independientes se confunde con los efectos de la jerarquía normativa en el interior de cada uno de los mismos.

8. PLENITUD EXISTENCIAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL PRESENTE DEL ESTADO DE BIENESTAR.

He aquí algunas consideraciones sobre la *oferta de plenitud existencial* que insta el apoyo de la jurisdicción ordinaria. Atañe a cuestiones en que se echan de menos pormenores que los pronunciamientos de aquélla han omitido en el sector correspondiente del ordenamiento jurídico.

El Estado de Bienestar adopta una postura consciente y responsable que, apelando a la dignidad de la persona humana y a los requerimientos de la ley y el Derecho, confirma un postulado capital del cuerpo de doctrina que le ha inspirado siempre. Todo individuo es *poseedor de una existencia* que, además del presente, abarca las expectativas que acompañan a su crecimiento evolutivo. Esta existencia constituye una realidad defendible que –frente a los acontecimientos lesivos de su totalidad– justifica la reparación de cuantos daños amenacen o menoscaben un futuro por cuya continuidad se ha de velar con el esmero y atención peculiares de la diligencia impuesta por las circunstancias del tiempo y del lugar. El ordenamiento jurídico asegura, desde su perspectiva existencial, un sistema de fuentes revestido de la plenitud suficiente para llevar su proyecto al mejor de los fines. La *plenitud* indica que el Derecho no puede dar de lado a la *cosmoeminencia* o predominio de la dignidad de la persona humana sobre el resto de las cosas diseminadas por el mundo. También quiere decir que –a través del sistema real de las fuentes que aplican– los poderes públicos han de impulsar los cambios que,

salvando un arsenal de decepciones y tropiezos, procuren a los beneficiarios expectantes las oportunidades óptimas de vivir dignamente. El Estado de Bienestar –plagado de animosidades que achican su acervo de bienes hasta extremos insospechados e imputables a la avidez mezquina de los hombres– no desiste de regular la suerte de los intereses generales conexos con un bien común que cubre tres órdenes de necesidades. Ante todo, la *coexistencia* de las personas y comunidades que reivindican una libertad e igualdad efectivas o, lo que es lo mismo, equitativamente repartidas. Después, la *colaboración* de los individuos y los grupos significativos de una sociedad pluralista en la que toman el relevo los bienes más caros a la sensibilidad legislativa. Por fin, la *participación* en el aprovechamiento –con que la plenitud capitaliza el testimonio de la justicia distributiva material– y en el talante solidario de sus adquisiciones.

Ante la plétora de las realidades que le desafían, el Derecho objetivo ha de encarar los *temas concernientes a la prosperidad, el fracaso y las demás vicisitudes notables de la Economía*. El sistema de fuentes del Derecho objetivo es formalmente pleno, porque garantiza la respuesta esperada de su competencia en las contiendas confiadas a su resolución. No cuenta con caminos francos para ofrecer a la sociedad la suma de satisfacciones que –como expresiones emblemáticas del bien– tienden a difundirse en todas direcciones.

La promesa de *instituir un orden económico y social justo* figura en la dec. 1 Pr. CE (decisión 1 del Preámbulo de la Constitución española) y preconiza los que el cap. 3^o, tít. I CE denomina *principios rectores de la Política Social y Económica*. Otros intereses han quedado, sin convincente explicación, fuera de la lista de derechos fundamentales revestidos de eficacia preceptiva directa. Algunos –como la negociación colectiva y las libertades sindicales de este nombre– lo han conseguido tardíamente, pues, gracias a los criterios contextual y sistemático de interpretación, la correlación de los arts. 7, 9.2, 28.1 y 37.1 CE ha permitido advenir, en este punto, a una *reforma innominada*. Aunque el elenco de los derechos fundamentales se acomode, en sustancia, a la naturaleza de las cosas y a sus presupuestos intelectualistas, no se sustrae del todo a las servidumbres del *consenso político* voluntarista y/o veleidoso.

Cuando la jurisdicción se detiene en esos principios rectores, advierte que, si uno o más de ellos penden de desarrollarse, hay que despejar las demoras y remover las trabas que, como indica el art. 9.2 CE, se deben a la omisión del poder público que ni los desenvuelve ni tiene el propósito de aplicarse inmediatamente a la tarea. El sometimiento al imperio de la ley –que, realzando la clave de la independencia judicial, recuerdan los arts. 117.1 CE y 1.1 LOPJ– apremia en situaciones que, como las ahora soporadas, describen el calvario que soportan las vicisitudes de la economía. La evidencia del dato no admite paliativos. Los jueces ordinarios advertirán que esos principios no aluden a las contingencias respectivas de una Política

Social y una Política Económica, sino que indivisiblemente afectan a las de un *tercer género* que abarca los contenidos de ambas. Presumiendo un afán de corrección sintáctica y no de ligereza, el empleo del *número singular* y la *conjunción copulativa* parece intencionalmente elegido para redactar el encabezamiento del cap. 3^o, tít. I CE y estimular las interpretaciones que este dato puede sugerir.

El buen fin de la *Política* que así se califica –emblema de las innovaciones del Estado de Bienestar– depende de los actos de *individualización equitativa* que el art. 3.2 C.c. autoriza para localizar las parcelas expectantes del Derecho justo y adentrarse en sus profundidades. La jurisdicción ordinaria se expone al reto de compaginar, con imaginación e intrepidez, las ideas que encumbren la trascendencia de la creatividad, la noticia –descarnada y veraz– del momento histórico que toca vivir y el alcance de una solidaridad colectiva que –aprovechando, de pasada, el tema de la protección del medio ambiente– el art. 45.2 CE declara *indispensable* en cualquier caso, a la manera cómo –ingenua e idílicamente– el art. 2 CE la predica de los espacios regionales y autonómicos. Acaso algo más al respecto pudo y debió decir el TPCE, desprovisto entonces de experiencias bastantes para ejercitar con eficacia la *denuncia profética*.

9. FUNCIONES QUE INCUMBEN A LOS JUECES ORDINARIOS PARA AVALAR LA PAZ QUE NECESITA EL ESTADO DE BIENESTAR.

La jurisdicción ordinaria ha de aplicarse a desterrar las deficiencias que vician la estructura del Estado de Bienestar. Pese al tenaz fracaso de las promesas hechas y de los arbitrios dirigidos a asegurar la *paz perpetua*, sus valedores la defienden a ultranza, porque su auténtica noción es mucho más que el enmudecimiento de las armas y/o el hueco que la guerra deja cuando pasa. La paz –erigida en una pieza decisiva del Estado de Bienestar– salta en pedazos cuando sus condiciones básicas de estabilidad sufren las amenazas terroristas, fruto del *ordenamiento inmisericorde* que compite con el potencial de las organizaciones supranacionales y mina los pilares de la soberanía del Estado. Huelga añadir, por sabidas de todos, otras consideraciones. Cooperando celosamente al sostenimiento de la paz, la jurisdicción reprime los atentados que turban su serenidad y elimina los remedos que defraudan su imagen.

Un ejemplo de permanente actualidad afecta a la *reinserción social* de la que –sin merma de las finalidades pacíficamente asignadas a las penas de privación de libertad– se ocupa el art. 25.2 CE. Resulta moral y jurídicamente indecoroso que la paz –recuperada tras el cumplimiento de la pena impuesta a quienes logran resocializarse– emane de arreglos transaccionales y nacidos de un *consenso contrahecho* que destruye su autenticidad y ofende a los perjudicados por su quebrantamiento. *Reinsertarse es volver a la vida de la sociedad pluralista que, privando de libertad al sujeto inadaptado y luego arrepentido, le ha expulsado temporalmente de una o varias de las*

comunidades o suma organizada de individuos con quienes compartía su espacio habitable. Al no existir una disparatada presunción de veracidad que exima de acreditar otros puntos, la reinserción no se constriñe a una declaración de voluntad bastante para convencer de que se ha producido un *regreso angelical y milagroso* a la comunidad de origen. De exigirse sólo la constancia pública del arrepentimiento, cómoda de orquestar por los maestros del arte de fingir la voluntad de reinserción, faltaría el resto de los requisitos indispensables para cerciorarse del regreso efectivo y arreglado a los llamamientos restauradores de la paz. A la declaración individual del arrepentimiento o *confesión de boca* de la enseñanza catequética, se ha de sumar la credibilidad –inviabile si no se han agotado los oportunos deberes de averiguación– de un compromiso inequívoco de no reiterar las conductas delictivas que, al desgarrar la convivencia y quebrantar la paz social, atentaron contra los valores centrales del Estado de Bienestar. Lo contrario supone, amén de un ejercicio de cándido cinismo, la impunidad del abuso del derecho fundamental reconocido en el art. 25.2 CE. No faltan pareceres –conexos con las coyunturas políticas– que, arguyendo que basta el *arduo sacrificio* (¡!) de formular perceptiblemente esa promesa, sugieren abstenerse de aumentar las condiciones impuestas a los *arrepentidos de segunda zona*.

En modo alguno pueden las cosas ser así. La jurisdicción ha de contar con elementos de convicción aptos para comprobar la verdad de la resocialización y rechazar la reinserción ficticia de quienes no demuestren una ruptura irreversible con el cuerpo y el alma de las organizaciones terroristas a que pertenecieron. La reinserción deja de serlo si, ciñéndose a lo visible del arrepentimiento, no concurren también el cumplimiento satisfactorio de la pena, la expiación personal y dolorosa que le imprime carácter, la cualidad de medicina para el alma que acusa un dejo de amargura, la ejemplaridad social del sufrimiento rehabilitador y la disuasión causada por el temor a verse privado nuevamente de la libertad recobrada.

Los jueces ordinarios señalarán los campos en que –para evaluar sus aptitudes liberatorias y didácticas– la opinión pública está pendiente de las intervenciones aguardadas con expectación. Estas predilecciones se concentran en los aspectos relevantes de la vida de la sociedad pluralista –también llamada *sociedad civil*– que, como apunta el art. 9.2 CE, fascinan el entendimiento y comprometen las energías de la persona individual. La opinión pública forma parte de todas o algunas de las realidades sociales a que alude el art. 3.1 C.c. y, si su contribución se echa de menos o se debilita, se malversa el uso interpretativo que de las fuentes del Derecho puede y debe hacer la jurisdicción al servicio del Estado de Bienestar.

La opinión pública es digna de fe cuando, al ejercitarse, se encuentra en *posesión de la verdad* y revela un *dinamismo edificante*. Lo primero, porque se reprobaban los vicios de origen consistentes en que sus portadores sólo conozcan las versiones de una verdad esperpéntica o dosificada hasta el punto de sabotear la percepción esencial de su fisonomía. Lo segundo, porque,

además de obedecer a esa veraz información, sus mecanismos –influyentes en los focos de acción y/o responsabilidad– exigen adoptar las medidas transformadoras del momento. Lamentablemente, no son así las cosas. Las fuentes mejor informadas no logran un convincente acceso a la verdad –cuyos datos de identificación se les escamotean– y se sumen en el desolador *abismo de las voces sin voz* que confiesan rabiosamente su derrota. A desfigurar la opinión pública cooperan los *medios de comunicación* entrenados en los hábitos deformadores que transmiten a sus audiencias y clientelas. No menos ayudan los *profesionales de la Política* que, trivializando la maldad contagiada por la mentira a las latitudes de la vida pública, la consideran un *disculpable pecado venial* y, lo que asombra más aun, degustan con fruición las *filípicas moralizadoras* (!!) de algunos banqueros. También contribuyen los *especialistas de las disciplinas del ser y del valor* que profesan el minimalismo intelectual y aplauden los cambios de bandera. *Es misión imposible* obtener un nivel aceptable de bienestar social, si las colisiones y las algarradas de las opiniones públicas –divididas y erráticas– lo impiden de continuo.

10. PERSPECTIVAS DIDÁCTICAS DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN LAS PERIPECIAS DEL ESTADO DE BIENESTAR.

Las experiencias de la jurisdicción tienen lo suyo de *función didáctica* para ayudar a la supervivencia del Estado de Bienestar. Además de diagnosticar los excesos conflictivos y de aminorar sus tensiones, se trata de *inventar* –no imaginándolas volublemente y sí exhumándolas con la debida diligencia– ciertas *obligaciones naturales* cuyo punto y hora de exigibilidad social están en el horizonte.

Da ejemplo de ello la posibilidad –inferida del art. 5.1 LOPJ– de que la doctrina de la justicia constitucional encierre afirmaciones de pasada que, rozando las cuestiones en liza y aprovechando la ocasión pedagógica de analizarlas, se formulan porque probablemente no va a repetirse la oportunidad de su examen. Ningún espíritu sensible dejaría de elogiar las iniciativas que, en esa dirección, adoptase la jurisdicción ordinaria para reconfortar a la opinión pública e instruir a la ciudadanía. El discurso inventor de la Magistratura contemporánea predijo –con la ingenuidad de su entrada en escena– que el ejercicio jurisdiccional fomentaría la moralización de cuantos participasen en las controversias judiciales y atajaría las malas artes de quienes no tuviesen una directa responsabilidad en lo que llevasen a cabo en nombre de otros. Afirmaba que la presencia del público en las solemnidades del proceso recordaría a los jueces la gravedad de sus funciones, y la dignidad y alteza de su cargo. Los ciudadanos les atribuirían el celoso cumplimiento de un deber sagrado y elogiarían la pericia de su intervención en los debates. El rostro de los juzgadores reflejaría la inteligencia, la imparcialidad y la rectitud con que se entregarían a realizar sus cometidos. Un repertorio lisonjero que, ante las demandas de la modernidad, aconseja su revisión y puesta al día.

Del papel de *interpretar la civilización* –en cuyas contradicciones se está sumergido– y desbrozar las realidades del mundo circundante, se predica una línea equitativa del pensamiento jurídico que –combatiendo la zafiedad de las obnubilaciones ideológicas– ayuda a los jueces ordinarios a *convertir el Derecho en justicia*, aun cuando la jurisdicción no ignore el concurso de otros agentes de la modernidad menos afligidos y dotados de mejores medios para alcanzar ese propósito. Recuérdese la importancia de los ámbitos sociales y económicos donde la *grandeza y servidumbre de la mediación* triunfa como sustitutivo procesal o equivalente jurisdiccional. No menos, el significado de la *eficacia y justicia del orden natural de la equidad*. Resulta inconcebible, si se añora de veras la vida en dignidad, trazar una inclemente línea divisoria entre el Derecho y las raíces moralizadoras que explican su movilidad y crecimiento. *Correr las aventuras del Derecho justo es avanzar con una fortaleza acomodada a los imperativos de la prudencia y la templanza*. No hay lugar disponible para las acrobacias del *profetismo alborotado* que suplanta los mandatos cursados a los legisladores por la conciencia colectiva y encumbra, como intereses generales, apetencias indignas de llevar ese nombre.

Por citar un ejemplo llamativo y vigente, la axiología del concepto de *desarrollo sostenible* es relevante cuando se versa su trascendencia universal y rueda la noticia de sus aportaciones a la causa de la justicia material. A la jurisdicción incumbe edificar un cuerpo de doctrina destinado a enlazar analógicamente la idea del desarrollo sostenible y el *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales* con que los conquistadores sindicales de la *participación y la democracia industrial* contuvieron el ímpetu insaciable de la *productividad*. Dos bloques de bienes detestados por los francotiradores de la globalización y los adictos al pesimismo antropológico. No obstante la erosión de este dogma emblemático del Estado de Bienestar, la fe en su excelencia sigue en pie y enriquece sus objetivos de progreso.

La especulación confesional definió el desarrollo como la *versión avanzada y progresiva de la paz* entre los pueblos que en aquél habían puesto la esperanza reductora de sus desigualdades. El desarrollo sostenible –cuya adjetivación actual reclama un vocablo de sustitución coherente con su estatura conceptual– eleva a la segunda potencia el compromiso de no retroceder en la marcha iniciada, ni rebajar la cota de las aportaciones al engrandecimiento moral y material de las relaciones humanas. La jurisdicción –consciente de la multivocidad de ese adjetivo– no desoye los llamamientos de una justicia material que, a la luz del art. 1.1 CE, quiere asimilar el desarrollo sostenible al *imparable crecimiento de las realidades que transfieren el signo de su modernidad al abolengo aristotélicotomista de la noción de bien común*. Su acervo de intereses generales –indisociables de los fines del Estado de Bienestar– se compone de la *coexistencia pacífica*, la *colaboración tangible y solidaria*, y la *participación en la efectividad de las virtudes* que aumentan de tamaño y ocupan lugar. Esta y otras contribuciones judiciales resarcirían

algunos de los daños que aquejan a un Estado de Bienestar cuya restauración solemne es inviable de momento, pues *la codicia –obcecada y estulta– de los poderes económicos juega con ventaja cuando ultraja la fuerza moral de la dignidad de las personas que, pese a todo, prolonga su heroica actitud de rebeldía y se resiste a declararse derrotada.*

11. RELACIONES E INJERENCIAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE ASUMEN Y DEFIENDEN LOS VALORES DEL ESTADO DE BIENESTAR.

¿Hay un uno y único ordenamiento jurídico estatal o coexisten con él los respectivos ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas? De la contestación a la pregunta depende el tratamiento de algunas tensiones –recurrentes en los ámbitos estatal y autonómico– que son bastantes más de las imaginables. Una postura opina que, como se deduce de los arts. 1.1 y 9.1 CE, el ordenamiento jurídico del Estado comprende y acapara el Derecho objetivo de las Comunidades Autónomas. Otra sostiene que el art. 146.1 CE –abordado sin retorsiones interpretativas– reconoce la existencia de sendos ordenamientos jurídicos en los marcos territoriales del *Estado compuesto de las Autonomías*. Tras recordar que los textos estatutarios son las normas institucionales básicas de cada Comunidad Autónoma, el art. 146.1 CE añade que *el Estado los reconoce y ampara como partes integrantes de su ordenamiento jurídico*. El enigma está en determinar a qué sustantivo conviene y se refiere el adjetivo posesivo «su», pues, obviada esta incertidumbre, hay dos alternativas. Según la primera, la protección es tautológica, porque los Estatutos de cada Comunidad Autónoma no se han disgregado del ordenamiento jurídico estatal y con él forman un todo compacto. Para la segunda, el reconocimiento y amparo –a cargo del Estado– no son meramente declarativos y sí constitutivos, ya que se añaden para disipar una duda. A su tenor, los ordenamientos jurídicos autonómicos –cuya individualidad no se discute– pueden adolecer de menoscabos corregibles mediante el apoyo que les presta un ordenamiento jurídico estatal del que se encuentran escindidos. La garantía –a cargo del Estado– se fundaría en que cada ordenamiento de una Comunidad Autónoma, diferenciado del ordenamiento general, disfruta de igual protección que, aun sin ser Derecho del Estado, le corresponde por mandato constitucional.

La redacción del art. 146.1 CE –muestra de la elasticidad del pluralismo político– no veda ninguna de ambas interpretaciones. La una explica el reconocimiento y amparo susodichos, porque, si los Estatutos de Autonomía se emplazan en el interior del ordenamiento jurídico estatal, huelga repetir lo que, siendo pacífico, no está en tela de juicio. Para la otra, la tutela y garantía de los Estatutos de Autonomía se debe a que, aunque separados del ordenamiento del Estado, sus ordenamientos jurídicos demandan un trato equivalente al que, para adjudicarles efectividad y evitar las discriminaciones arbitrarias, merecen las normas estatales. No es lo mismo entender esta

cláusula como un *aditamento superabundante*, que nada nuevo dice, que como una *garantía imprescindible* para preservar la consistencia y extensión del Derecho objetivo de las Comunidades Autónomas. He aquí unos juicios alternativos de sustantividad y semejanza en que el mensaje de los arts. 2 y 9.2 CE bosqueja problemas que los jueces ordinarios tendrán acaso la ocasión de plantear y resolver.

Estos han de mostrarse receptivos –aunque la perspectiva lleve traza de ser, durante algún tiempo, una asignatura pendiente– al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico comunitario que aplican en virtud de la eficacia preceptiva directa que les caracteriza. El ordenamiento jurídico de cada Estado miembro *alberga el ingrediente del Estado de Bienestar que supone la pertenencia a la UE*. Su actividad discurre en el marco de una atribución de competencias a las instituciones de la UE y de una restricción correlativa de los poderes de los Estados soberanos que forman parte de ella. Manejan un Derecho que, según la importancia de las cuestiones debatidas, cuenta con un valioso repertorio de instrumentos jurídicos que aligeran la carga de afrontar en vivo y en directo los interrogantes que aparecen. La jurisprudencia comunitaria atrae la decisión de las cuestiones que no se pueden congelar en la esfera doméstica de los Estados miembros. Sus aportaciones se valen de los criterios sistemáticos y los elementos finalistas de interpretación del Derecho europeo que entonces entra en juego. La adaptación del Derecho comunitario presupone unos *ingredientes de rigor y de flexibilidad* que el tecnicismo de las jurisdicciones nacionales puede coordinar, si a ello se aplica, conforme a la naturaleza de las cosas. El ordenamiento jurídico europeo dota a sus instituciones de un haz de competencias cuya perfección no se concibe sin la asistencia judicial complementaria. El papel aglutinante del ordenamiento comunitario informa los cuerpos de doctrina diseñados por la jurisprudencia europea y, en su caso, por las jurisdicciones nacionales que prosperan gracias a unos pronunciamientos susceptibles de ulteriores mejoras y acomodaciones.

El Derecho comunitario impone a los jueces ordinarios de los Estados miembros cargas de responsabilidad que no siempre se observan. Con motivo de las controversias en que las normas del ordenamiento jurídico comunitario se han de tener en cuenta, los jueces nacionales –jueces naturales del espacio común europeo– suelen abstenerse de reparar en ello, pasan de largo y, olvidándose de su relevancia, aplican el Derecho o las normas autóctonas del Estado miembro que les ha investido del presupuesto procesal de la jurisdicción. Como si para nada contase un Derecho objetivo que prevalece jerárquicamente sobre el mismo. Más que por disidencias políticas o ideológicas concienzudamente asumidas, las jurisdicciones ordinarias se refugian en los Derechos nacionales por inercia y un tanto de comodidad que raya en la indolencia. Hay excepciones a la tendencia nacionalizadora cuando surgen dudas de notoria significación o se promueve una cuestión prejudicial para dilucidar las contradicciones interpretativas. El dilema «*Derecho europeo o*

Derechos nacionales» ha provocado agudas reflexiones sobre el papel de las *obsesiones castizas* que ralentizan su comunión con algunos de los nuevos valores del Estado de Bienestar. Los jueces ordinarios tienen que corregir, llegado el caso, la inobservancia del deber de incorporar al Derecho de los Estados miembros las reglas del Derecho europeo derivado cuya transposición esté pendiente de llevarse a cabo.

Las mudanzas del sistema de fuentes del Derecho objetivo influyen en el pensamiento y las iniciativas de la jurisdicción ordinaria sobre los augurios del Estado de Bienestar, a las que, en la coyuntura económica de hoy día, afectan la movilidad y el espesor de los ordenamientos jurídicos tenidos en cuenta. El engrosamiento del sistema de fuentes y la penetración de ingredientes atípicos se explican porque las realidades económicas de la modernidad –apáticas, cuando no enemigas de la subsistencia del Estado de Bienestar– provocan la emergencia de una *masa de Derecho objetivo que fluye aceleradamente de títulos heterogéneos y refractarios a una diáfana sistematización*. Trátase de irrepetibles intuiciones, de genialidades asombrosas, de errores colosales, de osadas predicciones, de colisiones álgidas y de omisiones cuya causalidad histórica eficiente es muy difícil o imposible de reconstituir. Algunas perduran tenazmente y otras –que, ello no obstante, dejan huella– se señalan por su fugacidad. Hay estados de cosas irreversiblemente consumados, apariencias posesorias y situaciones de necesidad que, ascendiendo al nivel de la vida jurídica, rectifican y/o cambian el rumbo de sus orientaciones. Los *fundamentalismos economicistas* dicen rotundamente «no» al postulado clásico –axioma del normativismo obsoleto– de que los espacios del Derecho objetivo sólo se ocupan con el razonamiento silogístico que apoya la lógica de las conclusiones judiciales. Verdad que hoy se agiganta en los parajes de la Economía, donde *abundan las existencias de un escaparate de lo momentáneo y apenas cognoscible, pero generador de consecuencias explosivas que escapan a los más esmerados y sagaces augurios*.

Demuestra una imponente heroicidad la pasión por defender los valores residuales que la gestión del Estado de Bienestar –del que subsisten los despojos recompuestos, contra viento y marea, por sus valedores intrépidos– logre salvar de su agonía. Se pregunta si servirán de algo o se agotarán estérilmente los arrestos que –honrando la cosmoeminencia de la persona individual y la excelencia moralizadora de un Derecho objetivo empapado de justicia material en cuerpo y alma– cargan contra las desventuras que, a la vuelta de la esquina y junto a los sofismas arteramente cocinados para desmoronar su resistencia, amenazan a la familia humana. ¿Qué porvenir aguarda, al final de *esa oscura desbandada*, a sus pobladores empobrecidos e indefensos? ¿Acabará triunfando –como lema del *señuelo globalizador*– la predicción de que «a los que casi todo poseen, mucho más les será dado, y a los que poco o casi nada tienen, todo les será quitado»?

Las consideraciones recién hechas mezclan el relieve de las coyunturas y las estructuras económicas con el presente erosionado del Estado de Bien-

estar y la labor que los jueces ordinarios pueden realizar en favor de sus componentes residuales o sustitutivos. La versión novedosa del Estado de Bienestar tiene que descansar –si el fundamentalismo economicista no sofoca su intento expuesto a naufragar y convertirse en utopía– en *la salvación del humanismo mediante la aplicación equitativa del Derecho al servicio de la dignidad de la persona y del todo de sus exigencias*. Hay que apropiarse muchos de los valores y los bienes cuya modernidad se aplaude y acentúa. No hay *buena conciencia de la prosperidad* si a la presencia respetable del hombre en la Tierra no acompañan –amén de una economía saludable y aliada con las aportaciones del pensamiento y de la acción– la *soberanía del razonamiento* que destierra los voluntarismos arbitrarios, la *inmersión en la cultura* que cada quien ama y fomenta sin aquietarse a los estragos globalizadores, la *espontaneidad de la opinión libre* frente a la parvedad o el raquismo de tantos espíritus críticos, y la *fertilidad del pensamiento divergente* frente a la tosquedad del pensamiento único. Las cosas son así, aunque los partidarios del imperio tiránico de la economía se empeñen en asfixiar los impulsos que, confesando su amor a la verdad, proliferan y denuncian los engaños ocultos tras inofensivas apariencias. Obligan a indignarse cuantas veces –que ya son demasiadas e ingratas– se comportan como si esa doctrina antropocéntrica, lejos de ser irreprochablemente valedera, procediese de una especulación pasada de moda o delirante.

El Estado de Bienestar ha de esforzarse –con el respaldo de los jueces ordinarios– en añadir a su depósito maltrecho la modernidad de unas adquisiciones elegidas con posibilismo y pulcritud. A saber, la *universalización de la justicia penal*, la *elevación de la libertad de empresa al rango de derecho fundamental* condicionado por sus funciones sociales, el *relieve de la seguridad jurídica* a la hora de revigorizar el sistema de fuentes del Derecho objetivo, la elasticidad de los cambios que admite el *contenido variable del Derecho justo*, la singularidad y el emplazamiento de las *fuentes del Derecho de las relaciones individuales y colectivas de trabajo*, los testimonios de la *plenitud existencial* del ordenamiento jurídico, la *defensa comprometida de la paz* frente a las agresiones de la delincuencia organizada, las *oportunidades pedagógicas* de una jurisdicción innovadora y la *utilidad de los ordenamientos jurídicos* para promover, con especial solicitud, la continuidad del Estado de Bienestar.

Semejante rehabilitación precisa de la jurisdicción ordinaria para eliminar los obstáculos que redujeron el Estado de Bienestar al modelo –empequeñecido y burocrático– de *garante de la seguridad jurídica y de las condiciones de la normalidad del mercado*. Adjudicarle una atractiva configuración éticojurídica es el objeto de la *acción transformadora* que, en pos del éxito de la *revolución venida de lo alto o desplegada desde el interior*, vaticina el art. 9.2 CE. Aunque asociado a la *nostalgia del paraíso perdido*, ese afán elogia y acredita la lealtad con que sus portadores siguen fieles a la

causa de la dignidad de las personas y al acervo de los derechos inviolables que, según el art. 10.1 CE, le acompañan indefectiblemente.

No es fácil conciliar estos objetivos con la desproporción de los bienes de un mundo que —en esta ocasión, muy de verdad— no es propicio a la sustitución cualitativa de los valores del Estado de Bienestar. El *mundo achicado* se encuentra hoy sustituido por otro *mundo desplomado* en el que, pulverizados sus elementos de sustentación, los encargados de su guarda se debaten entre diversas tentaciones. Es una la de dar la impresión de que nada nuevo está ocurriendo, porque siempre han padecido así las vidas personales y ha cambiado el destino de las cosas. Otra actitud intenta afrontar las conmociones con un mínimo de gallardía que no siempre parece acompañarla. Otra disfraza el dramatismo de las peripecias que se viven y causan la impresión de que alguien se está inmолando en aras de los mismos. Los expertos en Ciencias Sociales se entregan a las predicciones más variadas y elegibles por los consumidores de su sabiduría. Los juristas esperan un mínimo refuerzo de aquellas realidades que llaman a emprender los rodajes urgidos por el Derecho justo. Los economistas brindan respuestas que —ante unos hechos consumados que nunca predijeron— declaran que han surgido contrariedades y/o sorpresas que prefirieron velar o denunciar a medias para no aumentar el empavorecimiento de la audiencia.

12. BIBLIOGRAFÍA DE ORIENTACIÓN.

CAÑO, J., «Desarrollo sostenible», *Estudios jurídicos en memoria de José M^a Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 791-803.

CASTEDO, F., «El recurso de amparo constitucional», *El Tribunal Constitucional*, vol. 1, Ed. Instituto De Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 179-209.

DEL VECCHIO, G., *El Derecho Internacional y el problema de la paz*, traducción de TRUYOL, A., Bosch, Barcelona, 1959.

DESSENS, J., *Essai sur la notion d'équité*, tesis inédita, Toulouse, 1934.

ESCARPIT, R., *Teoría general de la información y la comunicación*, traducción de CARBO, A. y SANAGUSTIN, Ed. Icaria, Barcelona, 1981.

FROHM, E., *Escape from freedom*, Ed. Farrar & Rhinehart, Nueva York, 1941.

GALBRAITH, J. K., *The affluent society*, Ed. Houghton Mifflin, Boston, 1958.

GIDDENS, A., *Sociología*, traducción de CUELLAR, J., Alianza Editorial, Madrid, 2002.

GIUGNI, G., *Derecho Sindical*, traducción de VIDA, J. y MONTALVO, J., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.

GORDILLO, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012.

HABERMAS, J., *Historia y crítica de la opinión pública*, traducción de DOMENECH, A., Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1994.

HUFTEAU, Y. L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*. Presses Universitaires de France, París, 1965.

LEVY, P., *Les technologies de l'intelligence*. Ed. La Decouverte, París, 1990.

LINDE, E., *El proceso de Bolonia: Un sueño convertido en pesadilla*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

LOUIS, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, traducción y edición de la OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas-Luxemburgo, 1985.

LUCAS, P., «Política y justicia constitucionales», *El Tribunal Constitucional*, vol.2, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1.483-1.550.

MARTÍNEZ, M., «El Tribunal Constitucional como órgano político», *El Tribunal Constitucional*, vol. 2, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1.785-1.821.

RAMONET, I., *La tiranía de la comunicación*, Ed. Debate, Barcelona, 2002.

REVEL, J. F., *El conocimiento inútil*, traducción de BOCHACA, J., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1993.

RODOTA, S., *La vida y las reglas: Entre el Derecho y el no Derecho*, traducción de PIÑAR, J. L., Ed. Trotta, Madrid, 2010.

SAMPEIRO, J. L., *El mercado y la globalización*, Ed. Destino, Barcelona, 2011.

SÁNCHEZ PEGO, F. J., *Proyección de Don Eugenio Montero Ríos en la Administración de Justicia española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1971.

SANTI ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, traducción de MARTIN RE-TORTILLO, L. y S., Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

SEVILLA, J., *¿Para qué sirve hoy la Política?*, Ed. RBA, Madrid, 2012.

SEVILLA, J., *Capitalismo con rostro humano*, EL MUNDO, 2 septiembre 2012, p. 9.

TREVES, R., *El juez y la sociedad*, introducción de DIAZ, E., traducción de LAPORTA, F. J. y ZARAGOZA, A., y revisión y anotaciones de MOSQUERA, L., Ed. Edicusa, Madrid, 1974.

TORRALBA, V. «Artículo 3 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*. vol. 1, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 165-194.

WILENSKI, H. L. y LEBEAUX, Ch. N. *Industrial society and social welfare*, Ed. Russell Sage Foundation, Nueva York, 1958.

WOJCIK, K., «El concepto de las leyes injustas en la teoría de John Finnis», *Estudios jurídicos en memoria de José M^o Lidón*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 1.345-1.358.

ZORRILLA, M. M., «El Derecho Natural como técnica de racionalización», *Sociología para la convivencia*, Ed. Zyx, Madrid, 1966, pp. 153-178.

ZORRILLA, M. M., *La invención de la Magistratura contemporánea*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1970.

ZORRILLA, M. M., «Inhumanidad del terrorismo en el espacio judicial», *Estudios de Deusto*, vol. 50/2, 2002, pp. 170-180;

ZORRILLA, M. M., «Modernidad y moralidad de la mundialización», *Estudios de Deusto*, vol. 50/2, 2002, pp. 181-196;

ZORRILLA, M. M., *Protección judicial de las relaciones colectivas de trabajo*, Ed. Gomilex, Bilbao, 2009.

ZORRILLA, M. M., «Difusión extrajudicial del Derecho justo frente al reto del achicamiento del mundo», *Estudios de Deusto*, vol. 59/2, 2011, pp. 209-235.

TITLE: Judicial suitability of the system of the sources of the Law to the Welfare State of today and tomorrow.

RESUMEN: La restauración íntegra de los elementos del Estado de Bienestar que se han degradado, es hoy una tarea imposible. Algunas aportaciones de la jurisdicción ordinaria pueden revelar nuevos aspectos sobre la esencia y el significado del Estado de Bienestar. Afectarían a la universalización de la justicia penal, al reconocimiento de la libertad de empresa como derecho fundamental y continente de funciones sociales, al relieve de la seguridad jurídica para revigorizar el sistema de fuentes del Derecho objetivo, a los componentes cambiantes que registra el contenido variable del Derecho justo, a la singularidad de producción de las fuentes del Derecho del Trabajo, a los testimonios de la plenitud existencial del ordenamiento jurídico, a la incondicional defensa de la paz frente a las agresiones de la delincuencia organizada, a las opciones didácticas de una jurisdicción innovadora y a la utilidad de los ordenamientos jurídicos para promover la continuidad del Estado de Bienestar. La erosión de los valores clásicos produce la emergencia de otros que pueden reemplazarles para evitar un desamparo social estrepitoso.

PALABRAS CLAVE: decadencia del Estado de Bienestar, sustitución de los ingredientes del Estado de Bienestar, aportaciones de la jurisdicción ordinaria, mediación del Derecho justo, acción transformadora.

ABSTRACT: The integral restoration of the ingredients of the Welfare State which had been degraded, is now an impossible task. Some aportations of the ordinary jurisdiction may reveal new aspects concerning the essence and the meaning of the Welfare State. They would comprise the universalisation of the criminal justice, the reconaissance of the market freedom as a fundamental right which implies social roles, the relief of the juridical security for invigorating the system of the sources of law, the changing components registered by the variable contents of the just law, the singularity of the production of the sources of the individual and collective Social Law, the testimonies of the existential plenitude of the law, the unconditional defence of the peace against the aggressions of the organized delinquency, the pedagogic options of an innovator jurisdiction and the profit of the law to promote the continuity of the Welfare State. The erosion of the classic values produces the emergency of another ones which may substitute them gradually for avoiding a noisy social crack.

KEY WORDS: decadence of the Welfare State, substitution of the ingredients of the Welfare State, contributions of the ordinary jurisdiction, mediation of the just law, transformer effort.

Recibido: 12.11.2012

Aceptado: 18.01.2013

JURISPRUDENCIA

THE *ROBATHIN V AUSTRIA* RULING BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: SOME PRELIMINARY CONSIDERATIONS FROM A COMPETITION LAW PERSPECTIVE

Pablo Figueroa Regueiro
and
Yulia Tosheva
Gibson, Dunn & Crutcher LLP¹

SUMMARY. 1. Introduction. 2. The Facts. 2.1. The Pleadings of the Applicant. 2.2. The Submissions of the Austrian Government. 3. The Actual Ruling of the ECtHR. 4. Conclusions.

1. INTRODUCTION.

In a ruling of 3 July 2012 in case *Robathin v Austria*² (the «Robathin» ruling), the European Court of Human Rights (the «ECtHR») established that certain searches and seizures of electronic data which had been carried out by Austrian policemen at a lawyer's office constituted a breach of the latter's right to privacy as recognized by Article 8 of the European Convention on Human Rights (the «ECHR»)³.

The case concerned a criminal investigation into alleged theft and embezzlement. However, given that the relatively sweeping safeguards provided for in Austrian law for the proper copying of electronic documents were considered by the ECtHR to be insufficient in order to ensure compliance with the ECHR, the ruling has the potential to have widespread repercussions for antitrust dawn raids practice at both the EU⁴ and national level. In

¹ Pablo Figueroa (LL.M., Bruges and Cornell) and Yulia Tosheva (LL.M., King's College) are, respectively an associate and a trainee at the Brussels office of Gibson, Dunn & Crutcher LLP. The authors are grateful to Elsa Sependa, also an associate from the Brussels of Gibson, Dunn & Crutcher LLP and to Jesús Alfaro, from Linklaters LLP, Pedro Suárez, from Ramón y Cajal Abogados, Luis Gordillo, from the Universidad de Deusto, and José Antonio Rodríguez-Míguez, from the Galician Competition Authority, for their comments. However, any remaining mistake is of the authors.

² See Judgment of the European Court of Human Rights of 3 July 2012, *Robathin v Austria* (the «Robathin» ruling).

³ See *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (the «ECHR») of 4 November 1950, Rome, at article 8.

⁴ Although some might argue that for an Act of the Commission to constitute a breach of the ECHR it has to constitute a «manifest breach» of the ECHR, in application of the so-called *Bosphorus* test (see the Ruling of the ECtHR of 30 June 2005 *Bosphorus* 453036/98

particular, the applicable Austrian procedures included (i) an obligation to store the copied documents on discs which were to be sealed and brought before a judge for a decision as to whether or not they could be relied on as evidence and (ii) the presence, during the searches, of a representative of the relevant Bar association.⁵

The *Robathin* judgment confirms the established practice of both the ECtHR⁶ and Court of Justice of the European Union⁷ (the «CJEU»), according to which searches undertaken by public authorities should not impinge on or restrict in an unnecessary or disproportionate manner fundamental rights, including professional secrecy,⁸ which are protected by both the ECHR and European law. More specifically, the judgment clearly condemns «general searches» of electronic documents which are not «reasonably limited» in their scope,⁹ on the basis that they unduly interfere with the right to privacy protected by Article 8 ECHR. According to the principle of proportionality, which is of course both a general principle of EU law¹⁰ and a key

and GORDILLO, L.I., *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Monographies in Transnational and International Law, 2012, at pp. 147 ff; see further *inter alia*, JACQUÉ, J.P., «Droit Communautaire et Convention Européenne des droits de l'homme, l'arrêt Bosphorus, une jurisprudence 'Solange II' de la Cour des droits de l'homme?» (2005) 41(3) *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 756; CONTASTANTINESCO, V., «C'est comme si c'était fait? Observations à propos de l'arrêt de Cour européenne des droits de l'homme (grand chambre), Bosphorus airlines, du 30 juin 2005» (2006) 42(3-4) *Cahiers de droit Européen* 363). On the impact of the formal accession of the EU to the ECHR see *inter alia*, GORDILLO, L., «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la Incorporación de la UE al CEDH» (2011) 38 *Revista Española de Derecho Europeo* 173.

⁵ See *Robathin*, at para. 48.

⁶ See Judgment of the European Court of Human Rights, 16 July 2012, *Societe Colas Est v France*, at para. 43.

⁷ See Case 46/87 *Hoechst AG v Commission of the European Communities*, at para. 19.

⁸ Note that in this case the Court analysed legal privilege as deriving from the right to privacy guaranteed by Article 8 ECHR, whereas other rulings by the ECtHR derive the right to privacy from the right to due process guaranteed by Article 6 ECHR, e.g., *Judgment of the European Court of Human Rights*, 28 November 1991, *S v Switzerland*, at para 48, and *Judgment of the European Court of Human Rights*, 25 March 1992, *Campbell v the United Kingdom*, at para. 46. For another example where the ECtHR analysed professional secrecy under Article 8 (privacy) see, e. g., Judgment of the European Court of Human Rights, 25 March 1998 *Kopp v Switzerland*, at para. 75.

⁹ See *Robathin*, at para. 44.

¹⁰ The CJEU recognised proportionality as a general principle of EU law in Case 4/73 *Nold v Commission* [1974] ECR 491, at pp. 513-514. See further the *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, OJ C 364/1, 18 December 2000, at para. 49. See TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006, at pp. 136 ff. See further DASHWOOD, A., DOUGAN, M., RODGER, B., SPAVENTA, E., AND WYATT, D., *Wyatt and*

principle in the interpretation of the rights recognized by the ECHR,¹¹ any measure imposed by a public authority should be strictly necessary to attain a legitimate aim.

Another important issue raised by the judgment is the extent to which courts (and, it is probably to be inferred by analogy, administrative bodies, including competition authorities)¹² enjoy a margin of appreciation when determining the scope of search warrants *i.e.*, how broadly a warrant could be formulated without breaching the principle of proportionality. Interestingly, the Strasbourg Court considered to be «*couched in very broad terms*»,¹³ a Court warrant allowing for the «*search and seizure of [...] documents, personal computers and discs, bank documents, deeds of gift and will in favour of Dr Heinz Robathin, and any files concerning [two named individuals]*». ¹⁴ According to the ECtHR, the warrant should have indicated the reasons why «*a search of all the Applicant's data was necessary for the investigation*». ¹⁵ In our experience, it is not unheard of for court warrants authorizing competition law inspections to be couched in similar or even broader terms.

2. THE FACTS.

The case originated in an application against the Republic of Austria lodged before the ECtHR by an Austrian lawyer. The applicant alleged that the search and seizure of electronic data from his law office had violated his right to privacy in breach of Article 8 ECHR. The search of the applicant's business premises was conducted in the presence of the applicant, his defence counsel and a repre-

Dashwood's European Union Law, Hart Publishing, 2011, at pp. 121-124.

¹¹ According to settled case-law of the ECtHR, a limitation to the rights enshrined in the ECHR will not be compatible with Article 6 of the ECHR, if it does not pursue a legitimate aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved. See, *e.g.*, Judgment of the European Court of Human Rights, 23 March 2010, *M.A.K. and R.K. v the United Kingdom*, at para. 42, and Judgment of the European Court of Human Rights, 28 May 1985, *Ashingdane v the United Kingdom*, at para. 57. See further, McBRIDE J., «Proportionality and the European Convention on Human Rights», *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing 1999, at pp. 23-24. The ECtHR has repeatedly established that the concept of «*necessary in a democratic society*» is to be interpreted restrictively (see, *e.g.*, Judgment of the European Court of Human Rights of 26 April 1979 in Case *Sunday Times* and Judgment of the European Court of Human Rights of 25 February 1993 in case *Milialthe*).

¹² That would probably be the case, *e.g.*, of the Orders by the Spanish Directorate for Investigation («*Dirección de Investigación*») of the Spanish Competition Authority (the «*Comisión Nacional de la Competencia*») authorising inspections, see Article 40(1) of Act 15/2007, of 3 July, on the Defence of Competition.

¹³ See *Robathin*, at para. 50.

¹⁴ See *Robathin*, at para. 8.

¹⁵ See *Robathin*, at para. 51.

representative of the Vienna Bar Association. The police officers had searched the applicant's computer system «*copying all files*» from the applicant's computer system.¹⁶ The representative of the Vienna Bar Association had opposed this as being disproportionate since «*it was technically possible, by using appropriate search criteria, to search for and copy only those files which corresponded to the criteria set out in the search warrant*».¹⁷ The disks in which the information was copied were sealed and were handed to an investigative judge.¹⁸

2.1. The Pleadings of the Applicant.

The applicant submitted to the ECtHR that, under the Austrian Lawyers Act (the «*Rechtsanwaltsordnung*»),¹⁹ he was bound by a duty of professional secrecy in respect of information which became known to him in the course of the exercise of his profession, and that the principle of secrecy must not be circumvented by seizures of documents such as those undertaken by the Austrian police. According to the applicant, «*the search and seizure warrant had been vague and could not be considered to be in accordance with the law, or, in the alternative, the search and seizure of all his law office's electronic data could not be considered proportionate and had thus not been necessary in a democratic society.*»²⁰

2.2. The Submissions of the Austrian Government.

The Austrian Government argued that while the principle of professional secrecy as expressed in the Lawyers Act served to protect the special relationship of confidence between a lawyer and a client, professional secrecy did not protect the lawyer himself against criminal prosecution or measures in connection with such prosecution. It should be noted that the lawyer was suspected, *inter alia*, of having stolen furniture, pictures and silver and of having abused certain powers of attorney.²¹ As to the applicant's claim that the examination of all his files had been excessive and disproportionate, the Government submitted that «*in order to determine what was of relevance to the criminal proceedings, all the seized data had had to be searched, as some relevant documents might not have been detected by a comprehensive full-text search alone.*»²²

3. THE ACTUAL RULING OF THE ECtHR.

In its assessment, the ECtHR thoroughly examined whether the measure in question was «*necessary in a democratic society*», in other words,

¹⁶ See *Robathin*, at para. 10.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ See *Robathin*, at paras 10 and 12.

¹⁹ See *Austrian Lawyers Act No. 96/ 1868* (the «*Rechtsanwaltsordnung*»), at section 9.

²⁰ See *Robathin*, at para. 33.

²¹ See *Robathin*, at para. 9.

²² See *Robathin*, at para. 49.

«whether the relationship between the aim sought to be achieved and the means employed can be considered proportionate».²³ The elements which the Court took into consideration in its assessment were: (i) whether the search was based on a warrant issued by a judge and based on a reasonable suspicion; (ii) whether the scope of the warrant was reasonably limited; and (iii) whether the search had been carried out in the presence of an independent observer in order to ensure that materials subject to professional secrecy had not been removed.²⁴

In the circumstance of the *Robathin* case, the ECtHR was satisfied that the Austrian search warrant had been issued by a judge and was based on reasonable suspicion. Turning to the question of whether the scope of the warrant was reasonably limited, the Court considered that the search warrant «was couched in very broad terms».²⁵ In particular, the warrant authorized «in a general and unlimited manner the search and seizure of documents, personal computers and discs, savings books, bank documents and deeds of gift and wills in favour of the applicant.»²⁶ Finally, the ECtHR concluded that «the seizure and examination of all data went beyond what was necessary to achieve the legitimate aim»²⁷ of the inspection, therefore, there was a violation of Article 8 of the ECHR.

4. CONCLUSIONS.

An important question deriving from the *Robathin* ruling is what limitations the EU Commission and the national competition authorities face when conducting inspections.

The *Robathin* ruling confirms that, as has been previously argued by one of the authors,²⁸ and other competition practitioners,²⁹ the principle of proportionality plays a key role when setting the limits of the authorities' powers. If an investigatory measure limits fundamental rights protected by the ECHR and is not strictly necessary for the purposes of the investigation,

²³ See *Robathin*, at para. 43.

²⁴ See *Robathin*, at para. 44.

²⁵ See *Robathin*, at para. 47.

²⁶ See *Robathin*, at para. 47.

²⁷ See *Robathin*, at para. 52.

²⁸ See FIGUEROA, P. and ACINAS, J., «Inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de la Competencia: unas brevísimas consideraciones al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 16, 2010.

²⁹ See, e.g., GUTIÉRREZ, A., and LORENTE, F., «Inspecciones de competencia y su control judicial: aspectos constitucionales y penales», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, n.º 25 2010.

it will constitute a breach of the ECHR (and, in all likelihood, of EU law).³⁰ In its assessment in the *Robathin* ruling, the ECtHR repeatedly³¹ referred to its seminal judgment in *Société Colas Est v France*³² concerning dawn raids on 56 construction companies conducted by the French competition authority. As is well known, in the latter case the authority's officials had, without any judicial authorization, entered the undertakings' premises and seized thousands of documents in the context of a large-scale investigation into a suspected public procurement cartel. According to the French Government the officials had only exercised their right of inspection in accordance with national laws and no «general searches» had been carried out.³³ In its assessment, the ECtHR held that the French authorities «had very wide powers» under national laws giving them «exclusive competence to determine the expediency, number, length and scale of inspections» and that the inspections could not be regarded «as strictly proportionate to the legitimate aims pursued».³⁴ In other words, the lawfulness of a certain act conducted by a competition authority during a dawn raid will hinge on a case-by-case application of the general principle of proportionality.

It is notable that in its assessment, the ECtHR followed a line of reasoning it has already endorsed in the *Iliya Stefanov v. Bulgaria* judgment.³⁵ In the latter case, also concerning, *inter alia*, the search and seizure of electronic data from a lawyer's computer, the ECtHR held in clear terms that «search warrants have to be drafted, as far as practicable, in a manner calculated to keep their impact within reasonable bounds» and emphasized that «[t]his is all the more important in cases where the premises searched are the office of a lawyer, which as a rule contains material which is subject to legal professional privilege.»³⁶ As we indicated above, one cannot but hope that national courts will take due note of these principles when considering

³⁰ Be it in the form of a breach of General Principles of EU law, whose content is usually determined, *inter alia*, by reference to the ECHR (see, e.g., Case 36/75 *Rutili v Minister for the Interior* [1975] ECR 1219) or as a breach of the Charter, which essentially mirrors the ECHR. As expressly stated in Recital 5 of the Preamble of the Charter, the Charter does not create new rights but only reaffirms the rights as they result from, *inter alia*, the ECHR and the case-law of the ECtHR.

³¹ *Robathin*, at paras. 40 and 44.

³² See *Judgment of the European Court of Human Rights*, 16 July 2012, *Societe Colas Est v France*, at para. 43.

³³ See *Robathin*, at para. 45.

³⁴ *Robathin*, at para. 49.

³⁵ See *Judgment of the European Court of Human Rights* of 22 May 2008, *Iliya Stefanov v Bulgaria*, at paras. 31-45.

³⁶ *Robathin*, at para. 41.

and drafting warrants which authorise competition authorities to conduct on-spot investigations.

Some might argue that the Court's reasoning in the *Robathin* ruling is informed by the fact that the documents copied were located in the premises of a law firm. However, while competition authorities probably face heightened duties when conducting dawn raids in the premises of law firms (something which the European Commission has done in the past), the *Stefanov* ruling mentioned above clearly indicates that the fact that the documents are in a law firm is important *because it then becomes more likely that they will encounter materials that are subject to legal professional privilege*. However, this rationale presumably also applies to many non-lawyers (CEOs, senior directors of companies, etc.). In any event, the *Robathin* ruling makes it clear that the obligation to impose reasonable limits on the scope of a warrant applies irrespective of whether the search of a lawyer's office is concerned. The language used by the ECtHR seems to us extremely clear in this regard. In the words of the Court:

*«Elements taken into consideration [when ascertaining whether a measure is 'necessary in a democratic society'] are, in particular, whether the search was based on a warrant issued by a judge and based on reasonable suspicion, whether the scope of the warrant was reasonably limited, and — where the search of a lawyer's office was concerned — whether the search was carried out in the presence of an independent observer in order to ensure that materials subject to professional secrecy were not removed».*³⁷

In other words, only the later of the guarantees is (arguably) limited in its application to searches conducted in the premises of a lawyer.

TITLE: The Robathin v Austria Ruling by the European Court of Human Rights: Some Preliminary Considerations from a Competition law Perspective.

RESUMEN: Este artículo analiza el caso Robathin v Austria del TEDH, en el que se estableció que ciertas investigaciones e incautaciones de datos electrónicos llevados a cabo por la policía austriaca en el despacho de un abogado resultaron contrarios al artículo 8 del Convenio.

PALABRAS CLAVE: TEDH, CEDH, intimidad, derecho de la competencia.

ABSTRACT: This article analyses the case Robathin v Austria where the ECtHR established that certain searches and seizures of electronic data which had been carried out by Austrian policemen at a lawyer's office constituted a breach of the latter's right to privacy as recognized by Article 8 of the European Convention on Human Rights.

KEY WORDS: ECtHR, ECHR, privacy, antitrust law.

Recibido: 07.09.2012

Aceptado: 18.01.2013

³⁷ See *Robathin*, at para. 44 (emphasis added).

CONGRESOS

CONFORMIDAD DE LA INICIATIVA MARROQUÍ DE AUTONOMÍA EN EL SAHARA CON LAS NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE AUTONOMÍA¹

Amina El Messaoudi
Catedrática de Derecho constitucional
Universidad Mohamed V (Rabat, Marruecos)

SUMARIO. **1.** Introducción. *1.1.* El respeto de los estándares internacionales en materia de autonomía. *1.1.1.* El reparto de las competencias. *1.1.2.* El reparto de recursos. *1.2.* La emanación del jefe de gobierno del Parlamento Regional. *1.1.3.* El control. *1.3.* La garantía constitucional de la autonomía. **2.** Conciliación entre autonomía y unidad del Estado. *2.1.* La representación del Estado en la Región. *2.2.* La consagración constitucional del carácter unitario de Estado y de la autonomía. **3.** Diferentes niveles de autonomía. *3.1.* Experiencias comparadas. **4.** Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

En abril del 2007 se ha hecho pública la iniciativa marroquí para la negociación de un estatuto de autonomía para la Región del Sahara.

Treinta y cinco (35) párrafos constituyen los puntos clave de las tres partes de esta iniciativa. La primera parte rubricada «el compromiso de Marruecos a favor de una solución política definitiva» expone los contextos, nacional e internacional, en los cuales se inscribe dicha iniciativa. Así, Marruecos ha presentado su proyecto de autonomía para la Región del Sahara en respuesta al regular llamamiento del Consejo de Seguridad, sobre todo a partir del 2004 a «las partes y a los Estados de la Región de seguir cooperando con la ONU para poner fin al callejón actual y progresar hacia una solución política».

A nivel nacional, la iniciativa se inscribe en el marco de la edificación de una sociedad democrática y moderna garantizando a todos los saharauis tanto en el exterior como en el interior su lugar en las instancias e instituciones de la Región.

Los elementos de base de la propuesta marroquí constituyen el objeto de la segunda parte de la iniciativa que recuerda que el proyecto marroquí de autonomía se inspira en las propuestas pertinentes de la ONU y en las disposiciones constitucionales en vigor en los Estados geográfica o culturalmente

¹ Este texto corresponde a una versión actualizada de una comunicación presentada en el *Octavo Congreso de la Asociación Internacional de Derecho constitucional*, 6-10 de diciembre del 2010, México.

próximos a Marruecos. En esta misma parte se hace eco de las diferentes competencias del Sahara y del Estado así como de los órganos del Estado.

La tercera y última parte de la iniciativa subraya el proceso a seguir para la aprobación y la puesta en práctica del Estatuto de Autonomía.

La experiencia internacional ha servido, pues, de guía para el proyecto marroquí de autonomía que incluso ha innovado en algunos aspectos yendo más allá de lo conseguido en las experiencias extranjeras.

Así, los puntos avanzados del proyecto de Estatuto de Autonomía para la Región del Sahara, destacados por un gran número de países así como por reconocidos responsables políticos, podrían ser resumidos en tres factores: el respeto de los estándares internacionales en materia de autonomía (1.1), la elección del Presidente del Gobierno Regional (1.2) y la garantía constitucional de la autonomía (1.3).

1.1. El respeto de los estándares internacionales en materia de autonomía.

Es cierto que la práctica de los Estados no ofrece un modelo uniforme de autonomía territorial, el contenido y el alcance del autogobierno pueden variar de un caso a otro en función de circunstancias territoriales, históricas y políticas de cada caso. Sin embargo, se precisa constatar en todas las experiencias de autonomía, la presencia de estándares internacionales de autogobierno que se articulan especialmente sobre la distribución de competencias o funciones entre el Estado y las entidades autónomas².

Así, son dos los principales objetivos compartidos entre los diferentes Estatutos de Autonomía en vigor en los Estados descentralizados. El primero, afecta a la gestión de la región autónoma de sus asuntos a través de sus propias instituciones, principalmente los órganos locales de naturaleza legislativa, ejecutiva y judicial que ejercen competencias exclusivas y disponen de los recursos financieros necesarios para dicha gestión autónoma. El segundo objetivo guarda relación con la salvaguarda de la unidad del Estado garantizada, en primer lugar, por la atribución al mismo de competencias exclusivas en ciertas materias, y en segundo lugar por la función de control ejercida por un órgano judicial, y, por último, a través de la representación del Estado en la región autónoma.

Apoyándose en las normas y estándares internacionales en materia de autonomía, el proyecto marroquí sintoniza con las experiencias mundiales e incluso va por delante de los principios generales adoptados por estas últimas.

² Para más detalles sobre las competencias del Estado y de las comunidades autónomas, véase el interesante trabajo TEROL BECERRA, M. J., *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988. Igualmente, del mismo autor, véase TEROL BECERRA, M. J., *El conflicto positivo de competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

Así, encontramos en los elementos de base de la propuesta marroquí las competencias de la región autónoma del Sahara, las competencias exclusivas del Estado y los recursos financieros de la referida Región. Las competencias de la Región autónoma será, claro está, ejercidas por instituciones locales, a saber el Parlamento, el Gobierno y las Jurisdicciones.

1.1.1. El reparto de las competencias.

La naturaleza y el alcance de la autonomía regional dependen del grado de separación o de interconexión de las competencias. Según el reparto « vertical » o material de las competencias practicado en los países anglosajones, el poder central detiene la competencia en materias relacionadas con la soberanía mientras que las entidades regionales ejercen atribuciones más o menos globales, tales como la cultura, la enseñanza, el medio ambiente... Podemos que las experiencia de reparto de competencias son válidas tanto para los Estado federales como para los regionales o los llamados Estados de las autonomías.

Para el caso de Marruecos, el proyecto de autonomía para el Sahara nos informa, en sus párrafos 12 y 14, sobre las **siete** competencias que serán ejercidas por la Región autónoma, así como sobre las **cinco** atribuciones que el Estado se reserva para sí mismo.

En cuanto a las competencias de la región autónoma del Sahara, que serán ejercidas dentro de los límites territoriales de la región, se trata de seis áreas que afectan respectivamente a la administración local, el desarrollo económico, el presupuesto de la región, las infraestructuras, lo social, la cultura y el medio ambiente.

En su administración local, la región del Sahara tendrá que ocuparse de la policía así como de las jurisdicciones regionales. Para su desarrollo económico, la referida región se encargará de la planificación regional, del fomento de las inversiones, del comercio, de la industria, del turismo así como de la agricultura.

Junto con el presupuesto y la fiscalidad, las infraestructuras tales como el agua, las instalaciones hidráulicas, la electricidad, las obras públicas y el transporte forman parte de las atribuciones propias de la región del Sahara. Ésta se ocupará asimismo, de conformidad con el proyecto de autonomía, de los aspectos sociales y culturales, especialmente la vivienda, la educación, la sanidad, el empleo, el deporte, la seguridad, la protección social y de la gestión del patrimonio cultural hasaní (párrafo 12 de la iniciativa).

Por otra parte, el Estado conservará la competencia exclusiva en relación con los atributos de la soberanía (bandera, himno nacional y moneda), sobre los atributos vinculados a competencias constitucionales y religiosas del Rey y las atientes a la seguridad nacional, a la defensa exterior, a la integridad territorial, a las relaciones exteriores así como sobre el orden jurisdiccional del Reino (párrafo 14).

La combinación de competencias relativas a las cuestiones del Sahara y a las del Estado se traduce por el hecho que los principales dominios que escapan a las instituciones locales de la Región del Sahara son exactamente las que constituyen el objeto de las competencias exclusivas del Estado en las experiencias comparadas de autonomía. Más aún, las competencias exclusivas del Estado en ciertas experiencias desbordan con creces las reservadas al Estado marroquí tal como aparece en el proyecto de autonomía propuesto. Citamos, a título de ejemplo las islas Feroe en Dinamarca donde las atribuciones que escapan a la isla autónoma son en la actualidad las siguientes: el transporte aéreo, la iglesia, la protección del medio marítimo, la inspección de la pesca, la inspección marítima, la protección civil, la justicia, la policía, la política monetaria, la política exterior y la defensa.

Recordemos que entre las competencias propias de la Región del Sahara encontramos las referidas a las relaciones exteriores. Así, la Región autónoma del Sahara participará también en las competencias diplomáticas del Estado cuando ello les concierne. Más aún, el proyecto marroquí de autonomía prevé que la Región autónoma del Sahara puede «de manera concertada con el gobierno establecer lazos de cooperación con las Regiones extranjeras en aras del diálogo y de la cooperación interregional» (párrafo 15), lo que acerca este proyecto a otros Estatutos de autonomía, especialmente, a los Estatutos de Madeira y los Azores en Portugal que prevén que representantes de los archipiélagos participan en la negociación de los acuerdos internacionales que les afectan directamente. Asimismo, pueden establecer lazos directos con otras regiones extranjeras y participar en organizaciones de cooperación interregional.

Por otro lado, las competencias que no han sido específicamente atribuidas serán ejercidas de manera acordada con base en el principio de subsidiariedad (párrafo 17), principio que, si es tradicionalmente considerado como favorable a las autoridades centrales, en la medida en que permite a estas últimas ejercer todas las funciones que no son expresamente atribuidas a las entidades locales, abre un margen grande, dentro del cual, el poder central podría transferir y delegar competencias en las regiones autónomas³.

El reparto de las competencias entre el Estado y las Regiones autónomas del Sahara permite, pues, inscribir el proyecto de autonomía en la mayoría de los textos constitucionales que distinguen entre las competencias exclusivas y las competencias compartidas.

1.1.2. El reparto de recursos.

El sistema más respetuoso de la autonomía de las entidades regionales es aquél que establece una separación total en la cual cada escalón dispone de sus propios recursos y financia directamente sus propias actividades. No

³ EL OUALI, A., *Autonomie au Sahara. Prélude au Maghreb des régions*, Stacey International, Londres, 2008, p. 150.

obstante, las garantías de las regiones en los mecanismos de distribución para disponer de una autonomía financiera no son siempre las mismas.

A título de ejemplo, la autonomía financiera es muy frágil en las regiones italianas y austríacas, y es más desarrollada en España y en Portugal, y es la asociación económica y financiera la que prevalece en Alemania y en Bélgica. Merece destacarse que en estos dos últimos Estados federales, las modalidades de reparto de los recursos son fijados en el texto constitucional. Los recursos de las regiones autónomas en las experiencias comparadas no sólo se basan en las subvenciones del Estado, sino que pueden establecer sus propios impuestos. Además, el Estado les cede una parte de los impuestos nacionales que son percibidos en su territorio.

El párrafo 13 del proyecto de autonomía se ha inspirado del mismo procedimiento. De esta manera, la Región autónoma del Sahara dispondrá de los recursos financieros necesarios para su desarrollo en todas las áreas. Dichos recursos serán constituidos principalmente por:

Los impuestos, tasas y contribuciones establecidos por los órganos competentes en la Región;

Los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales ubicados en la Región y percibos por el Estado;

Los recursos necesarios acordados en el marco de la solidaridad nacional;

Los ingresos provenientes del patrimonio de la Región.

En general, semejantes recursos están previstos para las Comunidades españolas de conformidad con el artículo 157 de la norma constitucional que dispone que sus recursos provienen de:

Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.

Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Transferencias de un fondo de compensación Inter territorial y otras asignaciones con cargo a los presupuestos Generales del Estado.

Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.

El producto de las operaciones de crédito

El hecho de que la Región autónoma disponga de los recursos financieros enumerados en el párrafo 13 del proyecto marroquí de autonomía, hace que éstas estén más allá de los principios generales sobre reparto de recursos entre el Estado y las Regiones enumerados en las *Recomendaciones de Lund* que rechazan que la autoridad autónoma tenga competencias propias en materia fiscal.

1.1.3. El control.

La función más importante del control de las colectividades regionales es la de garantizar el respeto del reparto de competencias. La sanción en este sentido no se reserva al poder político sino al juez que competente. De

este modo, las Regiones están legitimadas para interponer un recurso ante la jurisdicción constitucional, e de modo inverso sus actos son susceptibles de control por el juez constitucional.

Así, en las experiencias comparadas de autonomía, el control del respeto del reparto de competencias y poderes entre el Estado y las entidades autónomas resulta constitucionalmente atribuido al órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes. En España por ejemplo, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de «los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de los conflictos de competencias entre las distintas Comunidades Autónomas» (art. 161 CE), asimismo, le compete a la Corte Constitucional italiana «pronunciarse sobre los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y las Regiones, y entre las Regiones» (art. 134 de la Constitución italiana).

A tenor del proyecto marroquí de autonomía, un Tribunal Regional Superior, en tanto que alta jurisdicción en la Región autónoma, estatuye en última instancia, sobre la interpretación de las normas dictadas por los órganos competentes de la Región autónoma del Sahara. Todas las decisiones judiciales así como las otras normas, tales como las leyes y los reglamentos deben ser conforme con el Estatuto de Autonomía de la susodicha Región y con la Constitución del Reino (párrafos. 22 y 23).

Podemos observar a este nivel, una nítida inspiración en la Constitución española, concretamente en su artículo 152 donde se hace referencia en su apartado segundo al Tribunal Superior de Justicia como el más alto responsable de la organización judicial en el territorio de la Comunidad Autónoma y donde la participación judicial de éste se realiza de conformidad con las disposiciones de la ley orgánica del poder judicial, teniendo en cuenta su unidad y su independencia.

En otro nivel más preciso, se percibe un gran parecido con el Estatuto de Autonomía de Cataluña que en su artículo 95 dispone que la Corte Superior de Justicia de Cataluña es el órgano jurisdiccional que culmina la organización judicial de este territorio y que le pertenece en régimen de exclusividad la tarea de unificación de la interpretación del derecho en Cataluña⁴.

Por otro lado, conviene subrayar que aunque el proyecto marroquí de autonomía no haga referencia expresa al control del reparto de competencias entre el Estado y la Región autónoma, el párrafo 24 establece tácitamente una alusión a ello disponiendo que «las leyes, los reglamentos y las decisiones judiciales que emanan de los órganos de la Región autónoma del Sahara deben ser conforme con el Estatuto de Autonomía de dicha Región y con la Constitución del Reino», y dado que le corresponde al Consejo Constitucio-

⁴ Véase la Ley Orgánica 6/2006 del 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. *BOE* núm. 172 de 27 julio 2006, p. 27269.

nal velar por el control de la constitucionalidad de las leyes, resulta probable que se atribuya en segunda instancia a dicha instancia⁵.

1.2. La emanación del jefe de gobierno del Parlamento Regional.

De acuerdo con los estándares internacionales en materia de autonomía, la Región del Sahara será dotada de instituciones locales. Eso es una institución legislativa o Parlamento (párrafo 19), una institución ejecutiva o gobierno (párrafo 20 y 21) y las jurisdicciones (párrafo 22 y 23).

El avance del proyecto en lo referido a la designación del Jefe de Gobierno Regional que, contrariamente al procedimiento seguido para el nombramiento del primer ministro⁶, consiste en su elección por el Parlamento Regional antes de su investidura por el Rey (párrafo 20). La importancia de este avance no sólo se percibe a nivel nacional, sino también a nivel internacional ya que como es sabido en el caso de Portugal, el Presidente del Gobierno Regional se nombra por el ministro que representa la República en la Región, siempre en función del resultado de las elecciones. Los demás miembros del gobierno son nombrados y cesados por el ministro de la República a propuesta del Presidente del Gobierno Regional (art. 233 de la Constitución portuguesa).

Este punto es de especial importancia cuando observamos que el Jefe de Gobierno Regional del Sahara, siendo responsable ante el Parlamento Regional, ejerce el poder ejecutivo de la referida Región. Le corresponde formar el Gobierno de la Región y nombrar a los administradores necesarios para ejercer los poderes que le son reconocidos en virtud del Estatuto de Autonomía.

La emanación del jefe el Gobierno del Parlamento regional es tanto más significativa cuando nos damos cuenta de que la composición de este último que agrupa a los miembros electos por parte de las diferentes tribus saharauis⁷ así como a los miembros elegidos por el conjunto de la población de la Región a través del sufragio universal y directo (párrafo 19). En consecuencia, en virtud de su elección y de su composición, podemos adelantar que el

⁵ Se trata de ahora en adelante del «Tribunal Constitucional» según el artículo 129 de la nueva constitución marroquí de 2011, especialmente el Octavo Título.

⁶ El procedimiento de nombramiento del presidente del gobierno ha sido objeto de cambio, pues según el artículo 47. 1 de la nueva constitución marroquí del 29 de julio de 2011 «el Rey nombra al jefe del Gobierno del partido político mejor colocado en las elecciones a miembros de la Cámara de Representantes y sobre la base de sus resultados».

⁷ Según el estudio de Mohamed Cherkaoui, las tribus saharauis son clasificadas en cuatro grandes grupos: los Chorfa, Árabes, Tekna y Zenaga. Los Rguibat, Laaroussien, Oulad Bousbaa, Filala, Toubbalt, Ahl Ma Al ainain son Chorfa. Los Oulad Dlim, Chenagra, Escarna son tribus árabes. Ait Lahcen, ilzarguini, Ait Moussa Ou ali, Yakout, Ait Ousa, Lamyar, Fouikat, Imraguen son descendientes de Zenaga. CHERKAOUI, M., *Le Sahara, liens sociaux et enjeux géostratégiques*, The Bardwell Press, Oxford, 2007, p. 58.

Gobierno Regional del Sahara responde a las características de un gobierno parlamentario.

1.3. La garantía constitucional de la autonomía.

El tercer punto avanzado de la iniciativa marroquí consiste en la garantía constitucional de la autonomía, garantía considerada en el Derecho comparado como uno de los pilares fundamentales de una autonomía exitosa.

Así, el proceso de aprobación y de puesta en práctica del Estatuto de Autonomía prevé, en primer lugar, que este último será objeto de negociación y será sometido a referéndum sobre el cual se pronunciarían las poblaciones concernidas y que «en su caso, la Constitución marroquí será revisada, y el Estatuto de Autonomía será incorporado en su seno como aval de su estabilidad y de su ubicación particular en el ordenamiento jurídico nacional» (párrafo 29). Dos observaciones importantes se imponen:

–En el plano formal, dos disposiciones normativas son necesarias tras la aprobación del Estatuto de Autonomía de la Región del Sahara. La primera consiste en una revisión constitucional, y la segunda afecta la incorporación del Estatuto de Autonomía en el texto constitucional.

–En el plano material, el Estatuto de Autonomía tendrá el mismo valor normativo que el texto constitucional, lo que supone que toda modificación o reforma del Estatuto de Autonomía implicaría una revisión de la Constitución, a no ser que el propio Estatuto recoja el procedimiento a seguir en caso de su revisión. El ejemplo español se presenta aquí revelador, ya que el procedimiento a seguir para la reforma del Estatuto de Autonomía viene indicado en dos niveles, en el texto constitucional así como en el propio Estatuto de Autonomía.

En efecto, los artículos 2 y 4 de la Carta Europea de la Autonomía Local expresa una preferencia para las disposiciones constitucionales. Estas últimas requieren, por regla general, un umbral de consentimiento legislativo o popular más elevado tanto para su adopción como para su modificación. El objetivo de la garantía constitucional es de garantizar cierta estabilidad, necesaria para asegurar la seguridad para las poblaciones concernidas.

La garantía constitucional de la autonomía prevista por el proyecto marroquí hace que este último sea fácilmente comparable con las experiencias avanzadas de autonomía y pueda ir por delante de otras prácticas en la materia, como el caso francés en el que la concesión de un Estatuto de autonomía a Córcega no ha supuesto profundas modificaciones del dispositivo constitucional.

Hoy y después de la aprobación de la nueva constitución marroquí y la incorporación en ésta de los puntos clave del informe sobre la regionalización avanzada⁸, la Carta fundamental inscribe en su noveno título sobre «Las

⁸ Véase el informe preparado por la Comisión real consultiva para la regionalización en la página web <www.regionalisationavancee.ma>. La dicha comisión fue nombrada por el Rey el 3 de enero del año 2010.

Regiones y demás entidades territoriales», que «la organización territorial del reino se fundamenta en los principios de libre administración, cooperación y solidaridad» (art.136 de la CM). Por lo tanto, la garantía constitucional relativa a la regionalización avanzada concierne todas las regiones marroquíes, garantía que será más explícita conforme a la ley orgánica que observará, entre otros elementos, «las competencias propias, las competencias del Estado y las transferidas a las regiones...» (art.146 de la CM)⁹.

2. CONCILIACIÓN ENTRE AUTONOMÍA Y UNIDAD DEL ESTADO.

A semejanza de las experiencias regionales u autonómicas en los Estado unitarios, el proyecto marroquí de autonomía no ha perdido la oportunidad de subrayar la importancia y necesidad de conciliar entre la forma unitaria del estado marroquí y la autonomía de la Región del Sahara. En este sentido, la representación del Estado en la Región del Sahara, prevista en el proyecto, es una disposición de particular importancia que permite a la vez salvaguardar la unicidad de Marruecos y proteger las conquistas del modelo autonómico concebido para la Región del Sahara.

Si los textos supremos en los Estados con experiencia en materia autonómica consagran los dos principios de la unidad del Estado y de la autonomía de algunas entidades, esta conciliación se concretiza en la práctica, mediante la representación del Estado en la(s) región(es) autónoma(s) (2.1) y también mediante la doble consagración constitucional de la unicidad del estado y de la autonomía acordada a ciertas u a todas las regiones (2.2).

2.1. La representación del Estado en la Región.

En virtud de la iniciativa marroquí, la representación del Estado en la Región del Sahara será asegurada por el delegado de Gobierno que ejercerá las competencias del Estado en la Región autónoma del Sahara tal como previsto en el párrafo 14 (párrafo 16), eso es, las competencias ejecutivas que el Estado conservará a tenor del Estatuto de Autonomía.

Sin embargo, es preciso distinguir entre dos personalidades a las cuales el proyecto atribuye el ejercicio de dos competencias diferentes, las del Estado que serán ejercidas por el delegado de Gobierno (párrafo 16) y las de la Región Autónoma cuyo ejercicio queda atribuido al representante del Estado (párrafo 20). Este último que es al mismo tiempo jefe del Gobierno, será asimismo llamado a simbolizar la unidad del Estado marroquí por medio de su representación ordinaria, mientras que la representación exclusiva del Estado le corresponde al delegado de Gobierno.

Es preciso constatar, a este nivel, una neta semejanza con el ejemplo español, concretamente el artículo 152 de la Constitución española según el

⁹ El proyecto de la ley orgánica citada por el artículo 146 de la constitución marroquí de 2011, se someterá al parlamento en su próxima sesión de otoño que se inaugurará el segundo viernes de octubre de 2012 (artículo 65 CM).

cual el presidente del Consejo de Gobierno autónomo que ejercerá las funciones ejecutivas y administrativas será nombrado por el monarca tras ser elegido por la asamblea de entre sus miembros, «será encargado de dirigir el referido Consejo de Gobierno, representación suprema de la Comunidad Autónoma y representación ordinaria del Estado en ésta última».

En el mismo orden de ideas, las diferentes experiencias de autonomía en los Estados unitarios, subrayan en el dispositivo normativo, el papel y la importancia de la representación del Estado en las regiones autónomas, representación asegurada por el «Comisario» en Italia y en Dinamarca, por «el Ministro de la República» en Portugal y por el «delegado» en las Comunidades Autónomas españolas.

En general, el nombramiento del «Representante del Estado» en las Regiones autónomas se realiza, en las experiencias comparadas por el Jefe del Estado, e incluso cuando las atribuciones del primero varían ligeramente de una experiencia a otra, se centran en la coordinación administrativa del Estado y de la Región autónoma.

2.2. La consagración constitucional del carácter unitario de Estado y de la autonomía.

El debate sobre el estatuto de autonomía en la región del Sahara no ha dejado de suscita cuestiones relativas a la forma del estado marroquí una vez concedida la autonomía para la dicha región.

Será quizás útil recordar que puesto que la autonomía es una descentralización avanzada de un estado unitario, su consagración constitucional se hará en los mismos términos que los de la unicidad del estado.

Primero, cabe señalar que la regulación constitucional de la forma del estado en referencia a su organización territorial plantea, a veces, problemas. Pues, contrariamente a las constituciones de los Estados federales, las de los estados unitarios no dan todas la misma definición de la forma de Estado y no se refieren, además, todas a ella. Por lo tanto, las constituciones de los estados unitarios en Europa por ejemplo, pueden ser clasificadas en torno a éste criterio en tres grandes grupos: el primero comprende las constituciones que evocan explícitamente la idea de unidad consagrando el principio de indivisibilidad de la República, del Estado, de la Nación o de la Soberanía (Francia, Luxemburgo, Italia, España, Portugal, Noruega, Finlandia), el segundo grupo queda silencioso sobre este tema pero consagra implícitamente la unicidad del poder (Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca) y el tercer grupo, sin referirse a la opción fundamental de la unidad territorial, proclama su adhesión a la descentralización y a la autonomía local (Grecia, Suecia e Islandia).

Esto para decir que el calificativo «autónomo» o «regional» de un Estado no figura en ningún texto constitucional aunque sí es presente la referencia a ciertas comunidades o regiones autónomas como es el caso de España, Portugal o Italia.

Si nos conformamos con kelsen que entre los dos polos extremos de máximo centralismo y máxima descentralización se pueden ir colocando todos los Estados existentes, sería justo añadir que si el Estado es el principio de la unidad (jurídica), la regionalización es el principio que subraya la fecundidad de la heterogeneidad en el interior de esta unidad¹⁰.

Segundo y a título comparativo, las constituciones italiana, española y portuguesa consagran una doble garantía concedida de igual manera a la unicidad del estado y a la autonomía concedida a ciertas u a todas la entidades locales. Los dos principios forman a veces objeto de un mismo artículo constitucional como es el caso de los artículos 2 de la constitución española, el artículo 5 de la constitución italiana y el artículo 6 de la constitución portuguesa. En éste último, los dos principios son claramente explícitos en los dos apartados del artículo 6:

«1. El Estado es Unitario, y respetará en su organización el principio de autonomía de las islas y el principio de subsidiariedad, la autonomía de las entidades locales y la descentralización democrática de la Administración Pública.

2. Los archipiélagos de las Azores y de Madeira serán Regiones autónomas con su propio estatuto político-administrativo e instituciones de autogobierno» (Artículo 6 de la constitución portuguesa de 1976).

En España, es importante subrayar de antemano que la garantía constitucional de la autonomía es consagrada de igual manera con la unicidad del Estado, los mismos principios forman así objeto de un mismo y sólo artículo. *«La constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas»* (art. 2 de la CE).

En este último caso, a pesar de que la constitución pone en relevancia la autonomía de las comunidades, es siempre en el marco de un estado unitario que ésa autonomía se ejerce tal como lo afirmó expresamente el Tribunal constitucional desde la primera sentencia sobre esta cuestión, la 4/1981 en la cual se dice: *«Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado, En efecto autonomía no es soberanía... y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la constitución»*. Además, en éste mismo sentido el artículo 147 de la CE recuerda que : *«Dentro de los términos de la presente*

¹⁰ TEROL BECERRA, M. J., «El Estado autonómico remozado. Acerca de las reformas estatutarias en curso», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid (Especial monográfico: Organización territorial de los Estados Europeos)*, núm. Extra. 1, 2006, p. 451.

constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad autónoma»¹¹.

Por otra parte, en el caso marroquí se trata también de conciliar entre la forma unitaria del estado y la autonomía para la región del Sahara, pues en espera de la concretización del estatuto de autonomía para esta última, la organización territorial del Estado queda muy bien ilustrada en el primer artículo de la constitución según el cual «La organización territorial del Reino es descentralizada y fundada sobre la regionalización avanzada» (art. 1. 4 de la CM) sin olvidar que ya en el preámbulo de la misma, se observa que «el reino de Marruecos se aferra a su unidad nacional y a su integridad territorial...»¹²

3. DIFERENTES NIVELES DE AUTONOMÍA.

Dentro de las cuestiones que han suscitado bastante interés en el momento de la presentación de la iniciativa marroquí para la negociación de un Estatuto de Autonomía para el Sahara, las relativas a la eventual ampliación de la autonomía, es decir si el Estatuto de Autonomía para la Región del Sahara será un punto de partida para aplicar este modelo en las demás Regiones marroquíes.

Es cierto que la diversidad de soluciones para cada país y cada periodo histórico hace que se trate, a veces de acordar una autonomía a un territorio especial y determinado, y otros casos establecer la autonomía en todos los territorios, pero con diferentes grados de autogobierno. Hace falta, pues, reconocer que para las Regiones marroquíes, la del Sahara se encuentra sometida a condiciones particulares, la concesión de una autonomía se enmarca en la resolución de un conflicto que enfrenta a Marruecos al frente Polisario. Sin embargo, cabe hoy en día consolidar la regionalización por medio del refuerzo de las prerrogativas de las diferentes Regiones marroquíes. Esta doble situación requiere dos niveles de autonomía o de regionalización avan-

¹¹ No es sin importancia recordar que el anteproyecto de constitución en España pasa en el título VIII de la denominación «De los territorios autónomos» a la de «La organización territorial del Estado» este cambio no es inocente, sino tiene como finalidad rebajar el alcance de la autonomía de las comunidades autónomas y asemejarla a la autonomía de los municipios y provincias. Véase sobre este aspecto PÉREZ ROYO, J., «Reflexiones sobre la articulación territorial», SERNA DE LA GARZA, J. M., (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 407-426.

¹² Contrariamente a las anteriores constituciones de Marruecos (1962, 1970, 1972, 1992 y 1996), el preámbulo de la actual constitución marroquí de 2011 forma parte integrante de la constitución (último párrafo del preámbulo de la CM).

zada, que el dispositivo normativo cuida de regular de manera diferenciada en las experiencias comparadas.

3.1. Experiencias comparadas.

Para el caso de la autonomía parcial que nos interesa y que es muy extendido, podemos citar, a título de ejemplo, las islas Azores y de Madeira en Portugal o bien el caso del Reino Unido que poniendo en marcha la autonomía del país de los Gales, en Escocia y en Irlanda del Norte puede convertirse en el prototipo más rico del Estado que acuerda una autonomía parcial a algunas de sus Regiones. Otro ejemplo histórico muy importante en lo que se refiere a la autonomía territorial parcial es aquel establecido por la Constitución de la segunda República española que llegó a acordar autonomía a las Regiones de Cataluña y del País Vasco.

Se citan estos ejemplos para poner en claro que el grado de autonomía puede cambiar de una Región o Comunidad Autónoma a otra, el caso de las Regiones «especiales» y «ordinarias» en Italia, o bien las Comunidades de primer o de segundo nivel en **España** evidencian este doble nivel de autonomía que de ningún modo puede considerarse como perjudicial para la evolución del proceso de regionalización.

Los diferentes grados de autonomía en las islas europeas por ejemplo, vienen regulados de manera distinta en los textos constitucionales. Así, Sicilia y Sardenia en **Italia** constituyen, como previsto en la Constitución, Regiones con Estatuto especial y que han sido creadas durante los años posteriores a la segunda guerra mundial, mientras que las quince Regiones restantes, instituidas a lo largo de los años setenta, están dotadas de un Estatuto ordinario.

También en el caso de **Dinamarca** que está dividida en catorce Regiones, el archipiélago de Feroe constituye una Comunidad Autónoma desde 1948, y la isla de Groenlandia una Comunidad particular desde 1979. Estos Estatutos les han sido acordados por una ley nacional, y la población de Groenlandia ha aprobado por referéndum la ley que establece su Estatuto de Autonomía en esta isla.

En **Portugal**, la Constitución prevé que los archipiélagos de Azores y de Madeira constituyen «Regiones Autónomas» y que el resto del país se divide en «Regiones administrativas». Distingue netamente las «Regiones Autónomas», a las cuales dedica su título VII, de las «Regiones administrativas», reguladas e el título siguiente, que trata de las diferentes colectividades locales. Madeira y Azores se han dotado, respectivamente, en 1976 y en 1980, de Estatutos de Autonomía, que han sido reformados posteriormente.

En **España**, las diecisiete Comunidades Autónomas detienen competencias muy variadas. Encontramos, pues, según la forma de acceso a la autonomía, dos tipos de Comunidades Autónomas: Comunidades Autónomas privilegiadas o de primer grado y Comunidades Autónomas de segundo grado. Se trata de las Comunidades vasca, catalana y gallega durante la segunda

república española seguidas del resto de las Comunidades Autónomas. En este sentido, desde la Constitución han sido regulados los diferentes niveles de autonomía y las diferentes vías de acceso a la autonomía, a saber los artículos 143, 146 y 148 de la CE para la vía lenta y el artículo 151 para la vía rápida¹³.

Aunque cada Estado se basa generalmente, en sus propias características, sus necesidades y su propia historia para establecer un modelo determinado de autonomía, es posible efectuar una comparación entre unas determinadas experiencias. La experiencia internacional ha servido pues de señal para el proyecto marroquí de autonomía.

En efecto, la propuesta marroquí, al acordar a las poblaciones saharauis unas competencias extendidas por medio de órganos legislativo, ejecutivo y judicial, se inscribe en un espíritu democrático que respeta los estándares internacionales en materia de los derechos del Hombre y del derecho de los pueblos de disponer de sí mismos. Por otra parte, al prever, al término del proceso de negociaciones, una libre consulta referendaria de las poblaciones concernidas, la Iniciativa marroquí, tal como la describió el rey Mohammed VI en el discurso del Trono del día 30 de julio de 2007, representa «*un proceso de autodeterminación consensuada*»¹⁴.

Después de su validación por Naciones Unidas como solución definitiva, al cabo y éxito de las negociaciones; el estatuto de autonomía quedará abierto a modificaciones que desembocará indudablemente sobre una mejor consolidación de la unidad nacional en el marco del pluralismo y la diversidad socio-cultural. La gobernanza democrática saldrá bien reforzada.

4. BIBLIOGRAFÍA.

AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

BENEDIKTER, T., *The working autonomies in Europe. Territorial autonomy as a means of minority protection and conflict solution in the European experience*, Asociación para los Pueblos Amenazados, Bolzano, 2006, disponible en <www.gfbv.it/3dossier/eumin/autonomy.html> (última consulta: 15 noviembre 2012).

BENHLAL, M., «Le Sahara dans la conscience nationale marocaine», BA-DUEL, P. R. *et alii*, *Enjeux Sahariens. Actes de la table ronde du Centre de Recherches et d'études des Sociétés Méditerranéennes [tenue à La Baume-les Aix en novembre 1981]*, CNRS, Paris, 1984, pp. 161-182.

BOUGHDADI, M., *Le conflit saharien dans le contexte sécuritaire Euro maghrébin*, Ed. Impressions Bouregreg, Rabat, 2007.

¹³ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003.

¹⁴ Se puede consultar el discurso real en la página web <[www. Maroc.ma](http://www.Maroc.ma)> y también en <www. map.ma>.

BROUKSY, O., «La redéfinition de l'identité politique sahraouie», *Annuaire de l'IE-MED*, 2007, pp. 175-178.

CHERKAoui, M., *Le Sahara, liens sociaux et enjeux géostratégiques*, The Bardwell Press, Oxford, 2007.

CORNELL, S. E., «Autonomy as a source of conflict. Caucasian conflicts in Theoretical Perspective», *World Politics* Vol. 54/2, 2002, pp. 245-276

DE CARA, J. Y., ROUVILLON, F., SAINT-PROT, Ch. (coords.), *Le Maroc en marche. Le développement politique, social et économique du Maroc. Réalisations (1999-2009) et perspectives*, CNRS, Paris, 2009.

EL MESSAOUDI, A., «Autonomie et régionalisation», *Les cahiers bleus*, n° 11 (Avril), Fondation Abderrahim Bouabid- Fredrick Ebert Stiftung, 2008, pp. 5-33.

EL MESSAOUDI, A., «Regulación normativa de la autonomía: ¿Qué similitud entre Marruecos y España?», *Fondation Euro arabe de Hautes Etudes, Chaire Euroarabe de Sciences Sociales et Gouvernance, Séminaire international*, Granada, 2 abril 2008 (ponencia inédita).

EL MESSAOUDI, A., «Régulation constitutionnelle de l'Etat régional», *Journée d'études sur Décentralisation et régionalisation. Expériences comparées Maroc-Espagne*, Faculté de Droit, Rabat, Agdal, 16 marzo 2007 (ponencia inédita).

EL MESSAOUDI, A., *Le projet marocain d'autonomie de la Région du Sahara : Une pratique institutionnelle avancée* (en prensa).

EL OUALI, A., *Autonomie au Sahara. Prélude au Maghreb des régions*, Stacey International, Londres, 2008.

GUILLENCHMIDT, M., «Le projet marocain d'autonomie de la région du Sahara: une contribution constructive à la solution d'un conflit enlisé », DE CARA, J. Y., ROUVILLON, F., SAINT-PROT, Ch., *Le Maroc en marche. Le développement politique, social et économique du Maroc. Réalisations (1999-2009) et perspectives*, CNRS, Paris, 2009, pp. 93-110.

HEINTZE, H. J., «On the legal Understanding of Autonomy», SUKSI, M. (dir.), *Autonomy: Applications and Implications*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 7-32.

HORMAT-ALLAH, M., *Chroniques sahariennes: les enjeux géopolitiques et géostratégiques du conflit du Sahara*, Mils, Rabat, 2004.

LAMGHARI, A., «Constitution et autonomie. Quelle transition pour quel équilibre?», *Constitution et transition politique. Quelle réforme pour quel équilibre?*, Publications de l'Association marocaine de Droit Constitutionnel, Rabat, 2008, pp. 123-164.

MOHSEN-FINAN, K., «Trente ans de conflit au Sahara occidental», GANDOLFI, P. (dir.), *Le Maroc aujourd'hui*, Casa Editrice il Ponte, Venise, 2008, pp. 62-74

OJEDA GARCÍA, R., *Políticas de distribución territorial del poder en Marruecos*, Editorial Comares, Granada, 2004.

PÉREZ ROYO, J., «Reflexiones sobre la articulación territorial», SERNA DE LA GARZA, J. M., (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 407-426.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003.

SERNA DE LA GARZA, J. M., (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

TEROL BECERRA, M. J., «El Estado autonómico remozado. Acerca de las reformas estatutarias en curso», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid (Especial monográfico: Organización territorial de los Estados Europeos)*, núm. Extra. 1, 2006, pp. 407-451.

TEROL BECERRA, M. J., *El conflicto positivo de competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

TEROL BECERRA, M. J., *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988.

VÉDIE, H. L., *Une volonté plus forte que les sables. L'expérience du développement durable des régions sud-marocaines*, Eska, Paris, 2008.

VERMEREN, P., *Le Maroc de Mohammed VI. La transition inachevée*, La Découverte, Paris, 2009.

ZAFRA, V. M., «Introducción al estudio de los gobiernos locales en Latinoamérica», *Los procesos de descentralización política en Europa y Latinoamérica*, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Lecture Series, Bologna, 2004, pp. 279-285.

TITLE: Compliance of the Moroccan autonomy initiative in the Sahara with international laws and standards relating to autonomy.

RESUMEN: El objeto de este artículo es analizar la conformidad del Plan de autonomía para la región del Sahara presentado por Marruecos en vista de negociaciones, con las normas y estándares internacionales en materia de autonomía. La iniciativa de autonomía que sigue objeto de negociaciones, coincide con la nueva organización territorial del Reino que es, según el nuevo texto constitucional, descentralizada y fundada sobre la regionalización avanzada. Se demuestra primero, la sintonización del proyecto marroquí con las experiencias comparadas, a través de su adopción de los tres pilares fundamentales de toda autonomía. En segundo lugar, se plantea el papel de las instituciones locales en la región del Sahara previstas por el proyecto, como el gobierno regional cuyo Jefe emana del parlamento y donde todas las tribus saharauis encuentran representatividad en este último. Por último y, además de los distintos avances del plan de autonomía, éste prevé también la garantía

constitucional de dicha autonomía como anuncia de igual modo, la conciliación entre la autonomía para la Región del Sahara y la unidad del Estado marroquí como es el caso en distintas experiencias comparadas.

PALABRAS CLAVE: Proyecto marroquí de autonomía, Región del Sahara, Instituciones locales, Garantía constitucional, Unidad del Estado, Regionalización avanzada.

ABSTRACT: Morocco has presented to negotiations the Autonomy's Initiative for the Sahara's region. Stilling in negotiating, this project coincided with the new territorial organization of the Kingdom of Morocco which is decentralized and which shall be based on an advanced regionalization system. The Moroccan project of autonomy has been inspired from international experiences of autonomy especially concerning the fundamental pillars of autonomy and the prominent part of local institutions in Sahara region, as regional Government whose chief is proceeding from parliament and where all sahraouis tribes are elected in the legislative institution. Added to that, one of the other advanced points of the Moroccan Autonomy proposition, concerns the constitutional warranty to the autonomy of Sahara region in the context of the unity of Moroccan State. The aim of this article is to argue that the Moroccan Autonomy initiative is in accordance with international standards of autonomy.

KEY WORDS: Moroccan Plan of Autonomy, Autonomy, Sahara's Region, Local's institutions, Constitutional warranty, Unity of State, Advanced regionalization system.

Recibido: 26.09.2012

Aceptado: 18.01.2013

LA AUTONOMÍA FINANCIERA: ¿CAUSA O EFECTO DE LA ESPECIALIDAD REGIONAL?¹

Nicolò Megliorini
Università degli Studi di Verona

SUMARIO. 1. Entre «forma» y «substancia»: la especialidad regional como categoría jurídico-constitucional. 2. Método comparado, especialidad regional y autonomía financiera. 3. Una comparación entre regímenes de financiación italiano y español: los modelos ordinarios... 4. ... y los especiales: País Vasco y Trentino-Alto Adige. 5. Especialidad regional y régimen común: la bilateralidad como «modelo». 6. El modelo de la bilateralidad: ¿Hacia su posible aplicación al régimen común? 7. Límites a la aplicación del modelo bilateral. 8. Posibilidades de evolución jurídica de la bilateralidad: interpretación y contradicciones.

1. ENTRE «FORMA» Y «SUBSTANCIA»: LA ESPECIALIDAD REGIONAL COMO CATEGORÍA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.

La especialidad regional es un concepto muy importante para comprender las dinámicas y relaciones internas y exteriores en muchos ordenamientos jurídicos actuales. De hecho, solo a través de un análisis atento y completo de dicho concepto es posible apreciar los reflejos jurídicos que de ella se desprenden en los Estados compuestos contemporáneos. En cuanto a su naturaleza, la especialidad puede ser definida como una «categoría jurídico-constitucional», mediante la cual se suelen definir algunos tipos de entidades regionales diferenciadas, y que concretan una forma específica de organización político-territorial del Estado.

Entre los criterios de clasificación de la especialidad regional que los constituyentes han utilizado para alcanzar a este resultado, hay que destacar el criterio que se puede calificar «nominalístico», que consiste en una individuación expresa y definitiva de las autonomías que van a ser comprendidas en esta clase. Ese criterio se encuentra utilizado, por ejemplo, por el legislador constitucional italiano (art. 116 de la Constitución italiana) y sirvió en 1948 para introducir en el ordenamiento la categoría de las Regiones de Estatuto Especial. El segundo es lo que encontramos en la Constitución española de 1978 y que podemos definir «substancial», con el cual el constituyente no determinó de forma expresa cuáles son las autonomías que van a pertenecer a este grupo; sino que reconoce en toda una serie de disposiciones constitucionales (Preámbulo, arts. 3–4–141–149, Disposición

¹ Comunicación presentada a la *Jornada BiscayLaw II – El Poder normativo foral en un contexto multinivel y transnacional: propuestas y soluciones*, Universidad de Deusto, 7 de marzo de 2013, <www.biscaylaw.deusto.es>.

Adicional Primera y Tercera) la existencia de algunos rasgos determinados, típicos de algunas de ellas, que expresan una diferenciación cultural-política que determina una reglamentación distinta en algunas materias de estas Comunidades con respecto a las demás.

No obstante, este reconocimiento tiene que conciliarse con las previsiones de otras disposiciones del texto constitucional: primero con el artículo 2, que a pesar del reconocimiento de la garantía a la autonomía de «nacionalidades y regiones», decreta la «indisoluble unidad de la Nación española».² Para comprender mejor este modelo de reconocimiento de la especialidad es necesario ofrecer una definición de lo que es el supuesto de la especialidad misma, es decir el concepto de «hecho diferencial»; esto es el elemento que permite a algunas CCAA poseer «caracteres particulares respecto al resto de las CCAA [...] que han generado una personalidad política diferenciada».³ En realidad, está claro que también el criterio nominalístico del artículo 116 de la Constitución italiana vuelve a referirse a rasgos substanciales (la presencia de minorías étnicas y lingüísticas, situaciones de insularidad, etc.) que sin embargo han sido previamente validados y reglamentados por el constituyente mismo. La diferencia entre los dos ordenamientos consiste en el hecho que en Italia el constituyente hizo una «evaluación de especialidad» preventiva fundada sobre los hechos diferenciales, los cuales fueron recogidos y conservados en un nivel «nominalístico». En España estos hechos diferenciales son, entre otros, la presencia de una lengua propia, de instituciones intermedias, de una policía autonómica propia, etc.

Además de lo que se ha visto, uno de los hechos diferenciales más importantes en algunas CCAA es sin duda la existencia de los «derechos forales», cuyo origen se puede remontar a la Edad Media, con la diferenciación que se produjo en la incorporación del derecho romano en algunos territorios de la península ibérica. Además del derecho civil, la existencia de una tradición jurídica particular en estas regiones ha representado un hecho diferencial en el ámbito del derecho público, por el reflejo que ella ha tenido —entre los otros— en el ámbito de la financiación. Su origen histórico, que también se remonta a la Edad Media, ha tenido su actualización al final de las Guerras Carlistas, con el establecimiento del Concerto económico como continuación de los fueros anteriores. Entre los ámbitos de su mayor manifestación hay que destacar la existencia de una autonomía impositiva particular, basada en hechos históricos influyentes sobre la financiación (que aún siendo particular, tiene que desarrollarse con respeto al marco general

² La armonización con el primer principio fue realizada a través de una serie de fuentes de-constitucionalizadas, que han permitido la creación de un debate doctrinal muy interesante: CRUZ-VILLALÓN, P., «La Estructura del Estado o la Curiosidad del Jurista Persa», *La Curiosidad del Jurista Persa, y otros Estudios sobre la Constitución*, ed. CEPC, Madrid, 1999.

³ AJA E., *El Estado Autonómico*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2007, cit. p. 172.

fijado en el dictado constitucional, lo que ha determinado la consiguiente desaparición de algunos institutos típicos del derecho foral histórico)⁴. La consecuencia a nivel constitucional de este estatus, es la peculiar modalidad de individualización del modelo de financiación del País Vasco y de Navarra: se trata verdaderos ejemplos de «reglamentación asimétrica», reflejo jurídico del hecho diferencial foral, fundamentada sobre el método de la introducción substancial.

2. MÉTODO COMPARADO, ESPECIALIDAD REGIONAL Y AUTONOMÍA FINANCIERA.

A pesar de todo, en una materia como la de la financiación autonómica —que tiene relaciones muy estrechas con el tejido político, económico e histórico de las sociedades— podemos recurrir al método comparado para realizar un análisis de su funcionamiento concreto. De hecho la «indagación comparativa» partiendo desde un «problema jurídico substancial» nos permite señalar analogías y diferencias entre institutos y sistemas pertenecientes a ordenamientos diferentes, denotar peculiaridades propias de un determinado sistema jurídico procediendo a una clasificación con finalidades cognitivas autónomas, y al final valorar la posibilidad de exportar determinados institutos para buscar soluciones y respuestas a dudas y problemas jurídicos específicos.⁵ En nuestro caso el problema concreto al cual los ordenamientos constitucionales van dando soluciones —a veces análogos y otras diferentes— es que Estados diferentes, ante la perspectiva de elementos étnicos, forales, etc. que caracterizan alguna parte de sus territorios, prevén la creación de modelos de autonomías especiales que van exceptuando los regímenes ordinarios.

Siguiendo en una perspectiva comparada, es muy interesante referirnos a las Regiones de Estatuto Especial italianas, individualizadas —como vimos, de modo nominalístico— por el artículo 116 de la Constitución italiana. Estas cinco entidades regionales tienen todas una gran importancia en una investigación comparada con el ordenamiento español. Sin embargo, si queremos mantener el procedimiento en el ámbito de las modalidades generales de

⁴ Por ejemplo, el derecho a no contribuir al sostenimiento de las cargas del Estado, la dispensa de participar obligatoriamente en el servicio militar (relevante antes la supresión del servicio militar obligatorio), los gravámenes particulares a la producción, etc.: MUÑOZ MACHADO S., *Informe sobre España*, ed. Crítica, Barcelona, 2012.

⁵ BOGNETTI G., «L'oggetto e il metodo», P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, a cargo de, ed. Laterza, Roma-Bari, 2009, cit. p. 11. Para algunas aplicaciones del método de la comparación al tema de la financiación autonómica: NICOLINI M., «Le relazioni finanziarie nel Belgio federale», *Federalismo fiscale in Europa: Esperienze straniere e spunti per il caso italiano*, ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012 y «Principio di connessione e metodo comparato», *Federalismo fiscale: una sfida comparata*, ed. Cedam, 2011.

individuación formal del modelo de financiación, la que parece más interesante en una perspectiva comparada con el País Vasco, es sin duda la Región de Trentino–Alto Adige. Las razones de esta particular elección con respecto al País Vasco son sobre todo dos, una concerniente al aspecto institucional y la otra a las fuentes de derecho. En primer lugar, estas dos entidades regionales tienen una estructura político–territorial multinivel que parece análoga, y que se refleja en su plano institucional. De hecho, el País Vasco se estructura en los tres Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, mientras que la correspondiente división infra–regional está representada en Trentino–Alto Adige por las dos Provincias Autónomas de Trento y Bolzano. De todas formas, tenemos que dar cuenta de la existencia de algunas relevantes diferencias entre estos dos modelos de organización, por lo menos en el ámbito de la actualización de la asimetría.

En efecto, la existencia de las dos Provincias Autónomas está prevista directamente por la Constitución italiana en su artículo 116. Además de indicar cuáles son las Regiones de Estatuto Especial, el artículo sigue afirmando que la Región de Trentino–Alto Adige/*Südtirol* está constituida por las dos Provincias Autónomas de Trento y Bolzano. Además la Constitución deja la implementación de las competencias de las autonomías regionales a los Estatutos, que sin embargo van a ser aprobados por el Parlamento con una ley constitucional. La consecuencia normativa de estos principios constitucionales es que, en el desarrollo del nivel autonómico provincial, las dos Provincias Autónomas han conseguido recoger las mismas competencias legislativas y administrativas de las Regiones (en los límites fijados por el Estatuto), aunque hay que precisar que las Provincias Autónomas tienen –claramente, por su estructura– competencias diferentes de las que tienen las otras autonomías especiales. Además, entre sus competencias «ordinarias» hay capacidades de gastos en ámbitos que tal vez no pertenecen a las otras entidades especiales italianas, aunque caracterizadas por el mismo *nomen juris*.⁶ Este carácter muy peculiar de la estructura institucional autonómica del Trentino–Alto Adige ha sido definido por la doctrina como una verdadera forma de «especialidad en la especialidad»⁷. En el País Vasco, aunque el resultado final es análogo en lo que se refiere a la división entre tareas y competencias, la implementación ha seguido un camino diferente: las instituciones intermedias entre la CA y los municipios encuentran un reconocimiento constitucional al «amparo y el respeto de los derechos históricos de los ter-

⁶ Por ejemplo, la competencia financiera de la Provincia Autónoma de Trento sobre sus Universidades (art. 3 decreto legislativo 18 julio 2011, n. 142) y las competencias entre las políticas de ayudas sociales (art. 8 c. 1.25 Estatuto Trentino–Alto Adige): PAROLARI S., VALDESALICI A., «La provincia autonoma di Trento. Verso il consolidamento dell'autonomia finanziaria», *Le istituzioni del federalismo* 1/2012, pp. 103–104.

⁷ PALERMO F. «Federalismo fiscale e Regioni speciali: vecchi nodi vengono al pettine», *Le istituzioni del federalismo* 1/2012, p. 15.

ritorios forales» (Disposición Adicional Primera). Pero es el Estatuto el que sigue afirmando y garantizando las autonomías, decretando, en su artículo 2, que «el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco quedará integrado por los Territorios Históricos que coinciden con las provincias, en sus actuales límites, de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya [...]». El Estatuto mismo, en modo parecido al caso del Trentino–Alto Adige, dispone cuáles son las competencias normativas (exclusivas, de desarrollo normativo y ejecutivas) de los territorios forales en su capítulo IV del Título II. Además, (y análogamente al Título VI del Estatuto del Trentino–Alto Adige) fija en el Título III una reglamentación muy precisa de las competencias financieras de los Territorios Históricos, de las aportaciones y de las relaciones entre la CA y las diputaciones forales, que se traduce en el hecho de que las diputaciones mismas «establecen, recaudan y gestionan directamente la mayoría de los impuestos de los ciudadanos vascos»⁸. El marco se completa con la Ley de Territorios Históricos (Ley 27/1983), que determina la relaciones entre las instituciones comunes de la CA y los órganos forales y que representó una de las razones de la división de los partidos vascos PNV y Eusko Alkartasuna en los años ochenta.

3. UNA COMPARACIÓN ENTRE RÉGIMENES DE FINANCIACIÓN ITALIANO Y ESPAÑOL: LOS MODELOS ORDINARIOS...

El segundo perfil de gran transcendencia es la posibilidad de exceptuar el régimen ordinario de financiación, que en ambos casos la especialidad permite, sobre todo en el sistema de las fuentes. Antes que analizar las modalidades de la excepción a dicho modelo ordinario, hay que explicar el procedimiento de su individualización en ambos ordenamientos. En España, la disciplina está ante todo definida por los artículos de la Constitución, que van a constituir la así llamada Constitución financiera (artículos 133.1–149.1.14–156–157–158), de régimen ordinario. El artículo 157 determina precisamente los recursos de las CCAA, pero deja al Parlamento la obligación de definir con una ley orgánica (la LOFCA) el marco y los límites de la autonomía.

La LOFCA en su primer artículo dispone que «la financiación de las Comunidades Autónomas se regirá por la presente Ley Orgánica y por el Estatuto de cada una de dichas Comunidades»: los Estatutos tienen que ser compatibles con las normas constitucionales y por eso, con la LOFCA. A pesar de todo, debemos señalar que en el régimen ordinario la individualización del modelo no es estrictamente unilateral, sino multilateral. En efecto, las cuestiones financieras comunes a las CCAA son negociadas en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, cuyos acuerdos se trasladan normalmente al contenido de la LOFCA y sus modificaciones. Paralelamente, en Italia el régimen ordinario se basa sobre el dispuesto de la Constitución, que explica

⁸ AJA E., *El Estado Autonomico*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2007.

también sus principios de carácter general en el artículo 119 (recientemente modificado por la ley constitucional 1/2012). Además de los principios generales, la regulación de la materia de la financiación se determina por una ley estatal, que actualmente es la ley 42/2009, que aplica el así llamado principio del «federalismo fiscal»; esa ley ha delegado en el Gobierno su implementación, que ha sido llevado a cabo a través de algunos decretos legislativos, que definirán los principios y detalles de la nueva normativa financiera.

Entre los rasgos principales del nuevo federalismo fiscal se encuentra el distanciamiento con respecto al modelo anterior del sistema de la financiación derivada, con la previsión de dos instrumentos principales de obtención de recursos por las Regiones ordinarias: participaciones en tributos estatales (art. 7 c.1 letra a ley 42/2009); tributos propios (art. 7 c.1 letra b), que suelen dividirse entre tributos propios derivados (introducidos por leyes estatales), y tributos propios instituidos por las Regiones con normas autónomas, respetando la prohibición de la doble imposición fiscal.⁹ Volviendo al análisis, el primer elemento que podemos advertir es, por supuesto, la analogía en el papel de la multilateralidad en la individualización del modelo ordinario de ambos los ordenamientos. El segundo se refiere a las fuentes mismas y se traduce en una diferencia entre los dos modelos: en España la individualización se implementa con una fuente reforzada, es decir la LOFCA; en Italia (por su sistema de fuentes) se trata de una ley ordinaria del Estado, que ha desarrollado directamente una norma constitucional que fija por sí misma principios generales aunque de carácter detallado (art. 119).

4. ... Y LOS ESPECIALES: PAÍS VASCO Y TARENTINO–ALTO ADIGE.

En las autonomías especiales que se analizan, el proceso de organización del modelo de financiación es diferente y supone una excepción a las relaciones entre las fuentes del derecho con respecto a la normativa ordinaria. La diferenciación puede ser resumida con la palabra «bilateralidad». En el País Vasco esta bilateralidad se conecta con el instituto del Concierto Económico que «constituye la pieza esencial en la ordenación de las relaciones financieras y tributarias entre el Estado y esta Comunidad autónoma» y que «es la expresión del derecho histórico que a día de hoy posee mayor repercusión y relevancia». El marco de las fuentes está representado en el País Vasco ante todo, por supuesto, por la Constitución, aunque ni la disposiciones que atribuyen poder tributario a las CCAA (arts. 133.2–156–157), ni las que lo confieren a las Corporaciones Locales (arts. 133.2–140–142) son aplicables a estas instituciones vascas. El principio constitucional en este caso está fijado, como vimos, por la Disposición Adicional Primera, que «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales», entre los cuales

⁹ LA SCALA A.E., «L'attuazione del cd. «federalismo fiscale» nei rapporti Stato–Regioni», *Federalismo fiscale e autonomia degli enti territoriali*, ed. G. Giappichelli, 2010.

encontramos también la regulación de la materia tributaria. Esta previsión se desarrolla por el Título III del Estatuto del País Vasco (sobre Hacienda), que en su artículo 41.1 afirma que «las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de Concierto Económico o Convenios». El mismo artículo 41 sigue diciendo que el Concierto se aprueba por ley, de modo que la «forma de ley concede también al texto concertado vigente en cada momento una protección y jerarquía de la que no gozan las disposiciones reglamentarias»¹⁰. Un elemento muy importante es el papel de la LOFCA en todo este sistema de reglamentación: su vigencia permanece, pero sin embargo tenemos que considerarla de naturaleza subordinada o supletoria y será aplicada en todo lo que se emane con base en el instrumento del concierto. Por lo que concierne a la regulación de la Hacienda y sus tributos debemos señalar numerosos métodos de obtención de recursos: ante todo, aportaciones de las Diputaciones Forales¹¹, impuestos propios de la CA y finalmente, otros ingresos del artículo 42 del Estatuto¹². Es muy interesante evidenciar cómo el Concierto Económico va directamente a reglamentar estas formas de recursos; así las cosas, el Estado no puede fijar cesiones y recargos sobre impuestos estatales. Además de estas previsiones, el País Vasco transfiere a través del «Cupo», parte de los recursos tributarios al Estado central, para hacer frente a las cargas generales de competencia exclusiva del Estado. El órgano bilateral donde se produce el acuerdo es la Comisión Mixta, constituida por doce miembros; el Concierto vigente está regulado por la Ley 28/2007.

En Trentino Alto-Adige también la negociación del modelo aporta modificaciones estructurales a la normativa fijada para las autonomías ordinarias. En este caso encontramos, además de la Constitución con el artículo 116, el Estatuto, que establece el modelo financiero de la Región. Este ha sido modificado muchas veces, la última de las cuales ha sido efectuada por el así llamado «Acuerdo de Milán». Este acuerdo, firmado por el Gobierno, las dos Provincias Autónomas y la Región el 30 de noviembre de 2009, fue introducido en la ley 191/2009, es decir la Ley Financiera de 2010, modalidad que como veremos encuentra su base jurídica en el art. 104 del Estatuto de Autonomía. Otra particularidad es que a este marco (como a lo de las otras Regiones de Estatuto Especial) no se le aplica la regulación ordinaria delineada por la ley 42/2009, excepto por lo que concierne tres normas, es decir los artículos 15 (ciudades metropolitanas), 22 (reparto equitativo de

¹⁰ RODRIGO RUIZ M. A., *Las fuentes del derecho financiero en la CA del País Vasco*, Editoriales del Derecho Reunidas, Madrid, 2006, cit. pp. 28, 171, 172.

¹¹ Las Diputaciones se obligan a transferir al Gobierno autonómico los importes necesarios para el sostenimiento de las cargas generales del País Vasco no asumidas por los Territorios Históricos.

¹² Por ejemplo, transferencias de Fondo de Compensación Interterritorial y ingresos de derecho privado.

infraestructuras) y sobre todo el artículo 27. Este artículo determina la participación de las dos Provincias Autónomas al alcance de los objetivos de equidad y solidaridad y al ejercicio de los derechos y obligaciones que de ellos derivan. El aspecto importante que percibimos analizando los ingresos financieros es la presencia de una autonomía financiera muy fuerte de las Provincias mismas; por ejemplo, en la Provincia Autónoma de Trento los ingresos están compuestos por la participación en tributos estatales, a través de dos mecanismos: la «cuota fija» (fijada por el Título VI del Estatuto regional, representa la mayoría de las entradas locales) y la «cuota mutable» (negociada cada año por las dos P. A. y el Estado). El último mecanismo es lo de las transferencias estatales, aunque ahora componen una mínima parte de los ingresos generales.¹³

5. ESPECIALIDAD REGIONAL Y RÉGIMEN COMÚN: LA BILATERALIDAD COMO «MODELO».

Un análisis comparado de los dos sistemas normativos de País Vasco y Trentino–Alto Adige permite descubrir numerosas analogías, aunque el sistema ordinario, como hemos visto, ha sido implementado por medidas diferentes. En primer lugar es fundamental el rol de la bilateralidad que exceptúa la reglamentación ordinaria y las fuentes que la introducen prescindiendo de las normativas ordinarias. En el caso del País Vasco es una norma del Estatuto (es decir una norma aprobada con Ley Orgánica estatal) la que desarrolla de este modo una típica competencia jurídica de los derechos forales, es decir la financiación. En Trentino–Alto Adige la particularidad, mucho más original, está prevista por el artículo 104 del Estatuto: las modificaciones a las normas sobre la financiación pueden ser aportadas con ley ordinaria del Estado a iniciativa conjunta del Gobierno y la Región (o de la Provincia si ella está ejercitando sus competencias). Es una forma real de negociación bilateral para modificar una norma estatutaria de rango constitucional, como pasó por ejemplo en 2009 con el Acuerdo de Milán. La originalidad de este modelo consiste en el hecho de que un acuerdo que representa una forma de protección de la capacidad de negociación de las autonomías «subroga la garantía representada de la forma legislativa constitucional»¹⁴ del Estatuto y «puede funcionar de parámetro de legitimidad constitucional»¹⁵. Lo que se ha hecho es una desconstitucionalización del modelo de financiación en esta Región que suele implementar la bilateralidad misma; una inversión de fuentes que en España no existe.

¹³ PAROLARI S., «La provincia autonoma di Trento. Verso il consolidamento dell'auto-nomia finanziaria», *Le istituzioni del federalismo* 1/2012, pp. 115–124.

¹⁴ PEDRAZZA GORLERO M., «L'ordine frattalico delle fonti del diritto», ed. CEDAM, Padova, 2012. Cit p.41.

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional 323/2011 de día 21 noviembre, FJ 2.3 cons. der.

Como se ha visto, la disciplina ordinaria en ambos ordenamientos conduce a formas de negociación, pero multilaterales. En Italia, hay dos formas de negociación multilateral: una en el principio de la actualización de la ley 42/2009, con la presencia de una Conferencia Unificada para determinar el contenido de los decretos legislativos; otra al final de la nueva normativa, que una vez ejecutada, sigue disponiendo en su artículo 18 un «Pacto de Convergencia» (negociado en la misma Conferencia) para la determinación del gasto «estándar» que cada Región prevé. En España, la negociación multilateral suele presentarse en el acuerdo para reformar la LOFCA en el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Es decir, en Italia actualmente la multilateralidad es necesaria para la actualización de principios previstos por el legislador estatal, mientras que en España, más ampliamente, va a definir el mismo contenido substancial del modelo de financiación ordinario.

6. EL MODELO DE LA BILATERALIDAD: ¿HACIA SU POSIBLE APLICACIÓN AL RÉGIMEN COMÚN?

En conclusión, analizado el complejo de relaciones que la especialidad introduce, tenemos que reflexionar sobre los efectos mismos del cambio que la bilateralidad aporta en ambos Estados. En un primer análisis, la amplitud de su eficacia puede ser considerada equivalente en los dos ordenamientos. De hecho, hay una regulación ordinaria que prevé formas de negociación multilateral (que se reflejan en la LOFCA por un lado, en la ejecución de la ley de delegación por el otro) tanto en España como en Italia, que representan el modelo para las autonomías que no tienen el reconocimiento constitucional especial; la cual se encuentra exceptuada por un conjunto de fuentes que configuran una negociación bilateral en un contexto territorial multinivel. Esta negociación, implementada con leyes del Estado, se manifiesta conjuntamente con una normativa substancial que fija modelos de financiación particular (poder de establecimiento, recaudación y gestión de la mayoría de los impuestos por los Territorios Históricos del País Vasco, presencia de un sistema de relaciones entre la Región y las Provincias –que permiten a las Provincias mismas una fuerte autonomía en el aspecto de la financiación– en el Trentino–Alto Adige).

No obstante, tenemos que mencionar una tendencia que, paralelamente al debate sobre el federalismo fiscal en Italia, se ha desarrollado en España aproximativamente desde 2005. Esta tendencia comienza con la reforma del Estatuto catalán en 2006, donde sobre todo (entre las múltiples medidas sobre la financiación de Cataluña), se concretaron límites para la participación de Cataluña en los mecanismos de solidaridad dispuestos por la Constitución misma; además se previó un papel fundamental del principio de bilateralidad, que representaba la forma preferencial para la concreción del modelo de financiación. El principio se manifestaba en las actividades de la Comisión bilateral Estado–Generalitat y la Comisión de asuntos fiscales y económicos, con una siguiente marginalización del sistema multilateral con

respecto a Cataluña. La sentencia 31/2010 anuló el alcance de estas alteraciones, reafirmando la relación Estatuto–LOFCA en la determinación del modelo de financiación ordinario.

No obstante, el debate siguió y la Generalitat de Cataluña empezó reclamar un sistema fiscal basado en los principios del concierto vasco. El 4 octubre de 2011 el Instituto de Estudios Autonómicos (IEA) publicó el «Informe sobre la aplicación a Cataluña de un nuevo modelo de financiación basado en el concierto económico», que expresaba la reclamación catalana de un Pacto Fiscal con el Estado español. El hecho diferencial que reclama Cataluña en el ámbito fiscal se basa sobre su economía, como la especialidad del tejido productivo y industrial catalán, el número de población inmigrante, los costos de mantenimiento de infraestructuras, etc., y además se reclaman, entre las otras, la exacción, gestión, recaudación y liquidación de todos los tributos soportados en la CA, por la Agencia Tributaria de Cataluña. Es decir, la Comunidad tiene atribuida la gestión de la casi totalidad de los tributos, y retorna al Estado una parte de los ingresos obtenidos, para contribuir a las cargas del Estado no asumidas por la Comunidad Autónoma; y, lo más importante por nuestro análisis, este retorno se fija bilateralmente. Esta regulación financiera para Cataluña no es la prevista y el sistema sigue con la negociación multilateral prevista por la LOFCA y el Estatuto (interpretado por el Tribunal Constitucional); pero si se aprobase, ¿cuáles serían los reflejos jurídicos sobre el ámbito de las fuentes que hemos analizado hasta ahora desde una óptica comparada? La contestación es muy simple: si el sistema de la individuación y reforma del modelo de financiación llegara a ser bilateral para todas la CCAA, la excepción al sistema ordinario de las fuentes será mucho más perceptible en Italia con respecto a España.

7. LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL MODELO BILATERAL.

Para completar el análisis, hay que analizar la posibilidad de esta evolución jurídica, es decir si el modelo del concierto vasco puede ser extendido a otras CCAA o exportado a otros ordenamientos que tienen dinámicas de recursos diferentes; en definitiva, con respecto a nuestra comparación, analizar si esta extensión puede exceptuar el artículo 158 de la Constitución de 1978 y el artículo 119 de Constitución italiana (modificado por la ley constitucional 1/2012). Para contestar hay que considerar que, a pesar de todo, el papel de la bilateralidad (aún fundamental en España y en Italia) no puede desarrollarse sin limitación alguna: en caso italiano un ejemplo muy reciente de los límites a la bilateralidad en las Regiones de Estatuto Especial lo encontramos en la sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 102/2008; decisión muy importante porque el Tribunal Constitucional italiano, además de definir los límites de la potestad tributaria autonómica con respecto al dictado constitucional, ha introducido otra limitación para el legislador regional: la normativa europea la cual, aún no teniendo competencias en materia fiscal, puede integrarse también en este ámbito con los ordenamientos nacio-

nales en cuanto que tiene como objetivo garantizar la libertad de prestación de servicios y la prohibición de ayudas de Estado.

Lo que se ha producido es una «erosión» de las competencias nacionales en esta misma tarea, en este caso referida a la potestad impositiva de la Región de Estatuto Especial de Cerdeña. En el ordenamiento español el alcance reformador tampoco está desprovisto de límites. De hecho, la bilateralidad no puede derogar ni la transferencia de una parte de los recursos de una CA a otra por el Estado según la norma del artículo 158 que dispone el equilibrio y la compensación interterritorial; ni tampoco el principio de solidaridad afirmado por los artículos 2 y 138.1 de la Constitución. Estos son principios constitucionales que, como sabemos, no están comprendidos entre los artículos que la Constitución misma permite ser excepcionados por la regulación establecida en el marco de la especialidad. Además es el Concierto mismo el que va a delimitar potestades financieras y normativas de la CA y los Territorios Históricos, de hecho hay un control del Estado en la negociación para el respeto de estos límites también.

A la postre, hay que dar cuenta de los límites de tipo jurisdiccional. Se puede mencionar la sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera (de lo Contencioso Administrativo) del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 relativa a las normas forales de los Territorios Históricos que regulaban sus respectivos Impuestos de Sociedades; la decisión es muy importante porque, una vez más, se pronuncia sobre los límites de las normas forales en un contexto multinivel, que se crea con la aplicación de la normativa europea. En esta sentencia el Tribunal declaró incompatible con la prohibición de «ayudas de Estado», la regulación de los Territorios Históricos sobre el Impuesto de Sociedades. Esta decisión plantea un doble conjunto de problemas: en primer lugar, un problema en relación a la legitimación activa para la impugnación de estas normas, «permitiéndose prácticamente a cualquiera que alegue un «interés legítimo» y sin muchos más requisitos, impugnar en los Tribunales contencioso-administrativos cualquier norma foral de esta índole. El asunto ha encontrado una solución con la reforma de LOTC de 2007, que ha reforzado la protección de las normas fiscales de los territorios forales, reservándoles una regulación parecida a las leyes ordinarias, impidiendo su impugnación ante los tribunales ordinarios. El segundo problema es más interesante para nuestro análisis y consiste en la decisión misma del Tribunal Supremo de anular la diferenciación producida por las normas de los Territorios Históricos en materia fiscal; «si los Territorios Históricos al regular los impuestos concertados de normativa propia no pueden apartarse de la regulación del Estado, ¿dónde queda su autonomía normativa, garantizada expresamente por el Concierto Económico?»¹⁶. La cuestión fue aclarada por el Tribunal de Justicia de la Co-

¹⁶ LARRAZÁBAL BASAÑEZ S., «Los retos del Concierto Económico Vasco tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de Septiembre de 2008», *Boletín JADO*. Bilbao. Año VII. N° 17. Septiembre 2009, cit. pp. 40-41.

munidad Europea que en el famoso «caso Azores» fijó los requisitos por los cuales un régimen fiscal diferenciado puede ser compatible con la prohibición de ayudas de Estado¹⁷. Estos principios fueron implementados por el mismo Tribunal de Justicia en la sentencia del 11 septiembre 2008, que decidió sobre la cuestión prejudicial relativa al régimen vasco.

No podemos finalizar sin mencionar otros modelos de asimetría que existen en la Constitución española: el navarro y el canario. El sistema navarro, como el del País Vasco, se basa sobre el hecho diferencial de la existencia de un derecho foral histórico que influyó la materia de la Hacienda también. En Navarra su concreción fue realizada por el Estatuto de Autonomía (LO-RAFNA), que desarrollando la Primera Disposición Constitucional, trajo esta especialidad en un sistema análogo al País Vasco, con la presencia de un Convenio negociado con el Estado y de una Aportación que transfiere parte de los recursos que corresponden a las cargas del Estado mismo. Hay también que mencionar la diferente estructura territorial de Navarra, por ser uniprovincial, que difiere de la división provincial vasca en diferentes territorios y de su carácter multinivel.

Por lo que concierne las Canarias, que representan una forma de especialidad aun perteneciendo al sistema ordinario mismo, hay que partir de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Constitución Española. La especialidad se representa aquí claramente por una situación de insularidad, que produce una regulación basada en la presencia de una forma de financiación que podemos también definir concertada. El informe previo del Parlamento canario no es vinculante y, por tanto, las Cortes podrían reformar el régimen de Canarias aunque la opinión del Parlamento fuera contraria; no obstante las Cortes tienen la obligación de pedir este informe al Parlamento canario, como estableció una sentencia del Tribunal Constitucional de 1984 (que anuló un decreto-ley estatal que modificaba un elemento de fiscalidad canaria porque carecía del informe). También el régimen canario, por su naturaleza derogatoria y por la presencia de algunas normas substanciales que establecen beneficios tributarios, ha tenido que enfrentarse con el derecho europeo (un elemento ejemplar es el Estatuto especial para Canarias, recogido en el Acta de Adhesión de España a la Comunidad Europea, que prevé formas de protección por ser Canarias una región «ultra-periférica»).

¹⁷ Estos requisitos son: a) que la autoridad regional o local cuente con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno Central (autonomía política o institucional); b) que la decisión haya sido adoptada sin que el Gobierno Central haya intervenido directamente en su contenido (autonomía procesal); c) que las consecuencias financieras de un tipo impositivo reducido (es decir, la reducción de ingresos que ello supone para dichas autoridades), no se vean compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno Central (autonomía económica).

8. POSIBILIDADES DE EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA BILATERALIDAD: INTERPRETACIÓN Y CONTRADICCIONES.

Finalmente, una vez analizados todos los contextos necesarios para evaluar la extensión del modelo concertado a entidades regionales donde no hay elementos diferenciales en materia financiera, la contestación a nuestra pregunta tiene que ser, podemos decir, «de compromiso». Podría llevarse a efecto la extensión del modelo de financiación vasco a Cataluña, siempre que se lograra conciliar el principio de la especialidad bilateral con el respeto a la solidaridad y la coordinación con el Estado central. Como sabemos, no tiene ninguna posibilidad el modelo propugnado por el Estatuto catalán de 2006, que se demostró incompatible con los principios constitucionales, enunciados por el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2010.

A pesar de todo esto, hay que tener en cuenta la situación de Andalucía, que llevó a cabo una reforma de su Estatuto influenciada por el de Cataluña, antes de la sentencia del Tribunal Constitucional; de hecho el nuevo Estatuto andaluz, dispone formas de negociación bilateral en materia financiera entre el Estado y la CA, en una Comisión Mixta (art. 184). Esta regulación está actualmente vigente y puede producir todos sus efectos jurídicos, al no haber sido objeto de ninguna impugnación ante el TC mismo. Esta es la demostración de que el papel de la bilateralidad y su compatibilidad con la Constitución tiene que enfrentarse, además de la interpretación de los principios de la misma y de su integración con las normativas comunitarias, con las dinámicas de la política y de criterios de oportunidad también, como demostró la misma sentencia de Tribunal Supremo de 2004.

Por lo que concierne a su compatibilidad con el artículo 119 de la Constitución italiana (modificado por ley constitucional 1/2012), no puede descartarse una negociación bilateral: lo que será necesario será su previsión de forma compatible con el equilibrio de los presupuestos, de la solidaridad entre Regiones y de las obligaciones que derivan del ordenamiento europeo. Es decir un régimen de financiación armonizado y respetuoso con las obligaciones que esbozan un contexto que continúa siendo cada vez más multinivel.

TITLE: Fiscal autonomy: ¿cause or consequence of the regional speciality?

RESUMEN: Este trabajo realiza una comparación entre los sistemas de financiación de las autonomías o regiones en Italia y en España, haciendo especial hincapié en el caso del País Vasco y del Trentino / Alto Adige. El artículo se detiene en el análisis del principio de bilateralidad como eje articulador de las relaciones financieras en los dos Estados.

PALABRAS CLAVE: Federalismo Fiscal, bilateralidad, País Vasco, Trentino.

ABSTRACT: This paper makes a comparison between the financial systems of the autonomous communities of Spain and the regions of Italy with particular emphasis on the case of the Basque Country and the Trentino /

Alto Adige. The article focuses on the analysis of the principle of bilateralism as the linchpin of financial relations in the two states.

KEY WORDS: Fiscal Federalism, bilateralism, Basque Country, Südtirol.

Recibido: 04.03.2013

Aceptado: 18.03.2013

RECENSIONES

Víctor J. Vázquez Alonso, *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012 (ISBN: 978-84-259-1542-0, 670 páginas)

No hace falta insistir demasiado en la enorme repercusión que la laicidad estatal ha tenido en la conformación del tipo Estado Constitucional. En realidad, Estado Constitucional y Estado laico son conceptos sinónimos, idénticos. La coherencia del Estado Constitucional exige un compromiso con la laicidad. El respeto a los derechos fundamentales demanda un Estado consecuente con la laicidad.

Una obra reciente y muy meritoria profundiza en esta categoría dogmática. Una obra cuyo autor es el profesor Víctor J. Vázquez Alonso y en cuyo origen está el trabajo de investigación que presentó para la colación del grado de doctor en la Universidad de Salamanca. Una obra que prologa Augusto Martín de la Vega, director de la tesis, ofreciendo algunas de las claves de la misma, y en la que, a continuación, a lo largo de tres capítulos dedicados a la laicidad en los EEUU, Francia y España, el doctor Vázquez Alonso reflexiona acerca de temas muy diversos, pero entrelazados por el sentido y alcance de la laicidad o aconfesionalidad estatal. Y, en fin, una obra que acredita de sobra oficio intelectual, solvencia investigadora y originalidad.

Esta reseña no pretende ni resumir la obra ni utilizarla en su totalidad. En lo que sigue, tan sólo trataré de aportar algunas reflexiones nacidas, de un modo inmediato, de su lectura. Las reflexiones del autor, y algunas mías al hilo de las suyas, serán las que quedarán expuestas aquí. Y ello con el único propósito de animar la lectura de un libro que se aproxima con lucidez y claridad expositiva a un tema clave, insisto, desde la perspectiva constitucional.

Laicidad y Constitución acredita, desde luego, un manejo y análisis exhaustivo de bibliografía y fuentes de investigación valiosas, principalmente fuentes documentales y escritas –las llamadas fuentes secundarias-. Evidencia, asimismo, un profundo conocimiento de la jurisprudencia constitucional –no sólo española, también americana y francesa– y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es un trabajo predominantemente doctrinal, centrado en la doctrina jurídica, si bien salta a la vista que el autor conoce la jurisprudencia constitucional más relevante sobre el tema. Si bien no comparto algunas de las hipótesis y conclusiones del trabajo, hay que reconocer que todas ellas se defienden razonable y fundadamente. El trabajo es muy honesto.

Si no me equivoco, el propósito principal que anima la obra es definir la singularidad o particularidad de la laicidad en tanto categoría jurídico-constitucional autónoma (aunque fundada en la libertad religiosa y claramente incidida, en algunos países, por el mandato de cooperación) y, en tal sentido, analiza con solvencia lo que podría considerarse su núcleo esencial: «el carácter esencialmente limitador de la laicidad». Frente al derecho de libertad religiosa (art. 16.1 CE) y al principio de cooperación (art. 16.3 in

fine), eminentemente positivos, la laicidad es una categoría restrictiva o limitadora de la acción estatal. La laicidad es, en esencia, lo contrario de la confesionalidad. Lo no eclesialístico ni religioso, lo civil.

Comparto, quede dicho desde el comienzo, la idea matriz del trabajo. Tengo la impresión de que el reto de una adecuada protección de la libertad e igualdad religiosa pasa por definir con mayor precisión la dimensión meramente negativa de la aconfesionalidad, la indiferencia o distancia entre lo público y lo religioso, hoy difuminada y justificada, desde posturas doctrinales que no comparto, en base a la denominada laicidad positiva o a puntos de vista si cabe aún más confusos. La laicidad es, ante todo, una situación, con estatus político y jurídico, que garantiza la separación y la neutralidad en materia de conciencia y religión.

El art. 16.3 de nuestra Constitución proclama, en efecto, que «ninguna confesión tendrá carácter estatal» e impide, por ende, que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo, el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales. Por otra parte, de una lectura conjunta de los arts. 14 y 16.3 CE se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso e injustificado de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos (así, entre otras, SSTC 24/1982, 141/2000 o 101/2004).

Tomando en consideración el carácter esencialmente limitador o negativo de la laicidad, la distinción entre separación y neutralidad en la que se apoya casi toda la reflexión del trabajo es muy adecuada.

En este contexto, el autor opta por un enfoque de Derecho Comparado y analiza conjuntamente las experiencias de laicidad americana, francesa y española, a fin de apreciar sus semejanzas y diferencias, las causas de tales semejanzas y diferencias, pero también, y sobre todo, para confrontar el entendimiento, e incluso la implementación legislativa, que se ha hecho en estos países de la aconfesionalidad a la luz de un debate riquísimo, mucho más maduro en todo caso en los EEUU y Francia que en España.

Sin embargo, entiendo que esa confrontación debiera aprovecharse o explicitarse aún más; podría sacarse más utilidad de la perspectiva comparada, ya sea en el capítulo español, ya sea en el capítulo de conclusiones. Los tres modelos analizados no son compartimentos estancos. El autor es perfectamente consciente de ello, pero se echa de menos una mayor insistencia en la lectura que se podría hacer de la aconfesionalidad española a la luz de la laicité francesa y el wall of separation de los EEUU.

De otra parte, como admite el autor, el trabajo es eminentemente teórico o especulativo. Lo que sucede es el autor no se resiste a comprobar sus hipótesis en la «práctica», significativamente en el capítulo español (financiación y enseñanza), pero también en el capítulo americano (ayuda estatal

a la religión) y francés (legislación sobre usos de signos religiosos, desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH). Creo que el trabajo no requería esa comprobación, sin perjuicio de incluir alguna referencia a esas cuestiones al hilo de la reflexión en torno al contenido conceptual de la laicidad. El trabajo, con esa comprobación, pierde algo de altura o profundidad.

El trabajo, como indicaba al inicio, se adentra en un tema constitucional clásico, que esté en el origen mismo del Estado Constitucional, y avanza y profundiza en la línea ya apuntada por otras aportaciones doctrinales. Es fruto, en cualquier caso, de una investigación original realmente valiosa. Su principal mérito es que reflexiona con propiedad en torno a una categoría dogmática, la laicidad estatal, necesitada de clarificación (la referencia de la Gran Sala del TEDH, en su reciente sentencia del caso Lautsi, al margen de apreciación nacional y la ausencia de un consenso europeo en la materia es bien demostrativa), valiéndose, además, de la mejor experiencia habida en el Derecho comparado.

Por lo que concierne más directamente a la doctrina científica española, sorprende la escasa atención prestada a la laicidad o aconfesionalidad, a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado la dimensión objetiva de la libertad religiosa (SSTC 46/2001 o 101/2004). Hay estudios, bien conocidos, que se centran en la dimensión subjetiva del derecho (arts. 16.1 y 2 CE) o en su dimensión prestacional (la cooperación ex art. 16.3) —así, entre otros constitucionalistas, Barrero Ortega: 2006; López Castillo: 2002; Porras Ramírez: 2006—, pero no existen prácticamente monografías específicas sobre la laicidad. La obra del profesor Vázquez Alonso viene, en tal sentido, a llenar un hueco, desde luego en la doctrina constitucionalista.

Para concluir, quisiera tan sólo apuntar una reflexión personal sobre las relaciones Estado-Iglesias en general y el entendimiento que en Europa se ha hecho del binomio libertad religiosa-laicidad en particular. Una reflexión animada por la lectura de *Laicidad y Constitución* y que pone de manifiesto la necesidad de seguir profundizando en la laicidad como categoría constitucional, más allá de que, en este tema, como en otros muchos, pueda constatarse que Constitución racional-normativa e histórica suelen ir de la mano.

En el espacio europeo hay que comenzar constatando, ante todo, la existencia de una variedad de modelos de relación entre el Estado y las confesiones religiosas, fundados todos ellos en la libertad e igualdad religiosas y, con frecuencia pero no siempre, en la laicidad. Se puede constatar, por otro lado, una tendencia clara hacia la llamada laicidad cooperativa, que hace conciliable la aconfesionalidad con las relaciones de cooperación entre los poderes públicos y las confesiones religiosas. Cabría, más exactamente, diferenciar tres modelos o paradigmas, a falta de un consenso europeo en la materia (STEDH, caso Lautsi).

El primer modelo sería el de las Iglesias de Estado. Las Constituciones de aquellos países que apuestan por este modelo consagran expresamente la libertad religiosa, pero intentan armonizar dicho principio con la

existencia de una Iglesia oficial o nacional. Algunos modelos clásicos de iglesia de Estado, como Suecia, Finlandia y Noruega, están inmersos en un proceso constitucional que está provocando el desestablecimiento de sus respectivas iglesias oficiales. La sumisión de la Iglesia al Estado aparece recogida expresamente en la Constitución de Dinamarca, mientras que en el caso de Finlandia y Suecia se realiza una remisión al Derecho del Estado en lo referente a la regulación de sus Iglesias nacionales, aunque la tendencia es que la Iglesia oficial disfrute de una gran independencia del Estado. La Constitución griega establece que la Iglesia ortodoxa griega es la oficial y la somete al ordenamiento del Estado, e incluso le concede el estatus jurídico de corporación de Derecho público, pero paralelamente garantiza el derecho de gobierno interno de la confesión religiosa. El supuesto inglés puede calificarse como el de una iglesia de Estado de carácter teórico, pero de separación fáctica. La jurisprudencia constitucional nacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo (STEDH, caso Folguero) certifica, por lo demás, las dificultades de conciliar, en estos países, el reconocimiento de la libertad e igualdad religiosas con el status oficial o cuasi oficial, sea como sea privilegiado, de una concreta confesión religiosa. ¿Libertad religiosa auténtica o más bien tolerancia de cultos?

El segundo modelo sería el modelo laico, que incluye la neutralidad y la separación (Francia, aun con matices como apunta Vázquez Alonso, sigue siendo la referencia). La neutralidad implica no sólo la igualdad de trato entre las confesiones, sino también entre lo religioso y lo no religioso. La separación entre el Estado y las confesiones religiosas implica la independencia de ambos, que los criterios religiosos no se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, eludiendo cualquier tipo de confusión entre funciones públicas y religiosas. La laicidad tiene un sentido esencialmente limitador. Al Estado le está prohibido convertirse en protector de los dogmas, poner la vida pública bajo el signo de una o varias confesiones o asumir la fe de la mayoría sociológica del pueblo. Cualquiera de estas actuaciones supondría una violación de la libertad e igualdad religiosas. La aconfesionalidad comporta, ante todo, la desobligación, por parte del Estado, de atenerse en su legislación a una doctrina religiosa particular referente a la conformación de la sociedad civil. Y por lo que concierne al tratamiento jurídico de las convicciones, la laicidad exige que el Estado ofrezca a los grupos ideológicos y religiosos una misma estructura jurídica a la que hacer centro de imputación de derechos y obligaciones. La atribución de esta estructura común para todos supone el reconocimiento constitucional de la igualdad de las mismas ante la ley. La igualdad no excluye dispensar un trato desigual a supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales para contribuir precisamente a la promoción de la igualdad real. Por tanto, el reconocimiento por parte del Estado de las peculiaridades de los sujetos colectivos de la libertad religiosa no quebraría la igualdad. Sin embargo, este reconocimiento tendrá siempre como límite

la no discriminación, esto es, que no se menoscabe la igual condición de sujetos de derechos y libertades de todas las convicciones, ideológicas y religiosas, sin una causa objetiva y razonable.

El tercer modelo es el de aquellos países en teoría aconfesionales pero en los que se dan reminiscencias confesionales, más o menos acusadas (así, España, Italia o Alemania). El intento de ampliar el contenido de la libertad religiosa desde su origen liberal hasta la acción positiva de los poderes públicos ha acabado propiciando unos resultados distintos de los pretendidos con el fomento de los derechos en el Estado social. Se ahondan las diferencias a favor de los grupos religiosos más poderosos o, directamente, a favor de la confesión mayoritaria. La valoración positiva del fenómeno religioso no es uniforme. En estos países, junto a la posible discriminación entre libertad religiosa e ideológica se puede producir una discriminación interna entre las confesiones. Las relaciones de cooperación podrían contemplarse, desde este enfoque, como un residuo de confesionalidad al que se quiere revestir de una forma moderna y que, en todo caso, no se adapta al sentido profundo del Estado social, sino que más bien lo desvirtúa a través de la potenciación de diferencias y privilegios. Las Constituciones o la legislación de desarrollo de los textos constitucionales privilegian a una confesión religiosa (neconfesionalidad estricta) o a varias (pluriconfesionalidad) sobre las demás confesiones o ideologías. La dimensión social de la libertad religiosa o, si prefiere, la apertura de la libertad religiosa a la función promocional del Estado social no es, en estos países, una cuestión pacífica. Las relaciones de cooperación, en el marco de llamada laicidad cooperativa, se ha acabado utilizando no tanto para remover obstáculos que impedían el ejercicio de la libertad religiosa sino más bien para legitimar un marco de desigualdad y privilegios incompatible con la auténtica neutralidad.

Queden aquí estas breves consideraciones a modo de simple guión de las principales aportaciones de Laicidad y Constitución. Un libro en el que el profesor Vázquez Alonso acierta a reflexionar en torno a las implicaciones de la laicidad a la luz de la experiencia americana, francesa y española. De su contenido, esta reseña tan sólo ha dado alguna noticia. Que el lector profundice y la disfrute como bien merecen el valioso proyecto editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el esfuerzo intelectual que hay detrás.

Abraham Barrero Ortega
Universidad de Sevilla

Antonio Fernández de Buján, Derecho Privado Romano, 5ª ed., Iustel, Madrid, 2012 (ISBN: 978-84-9890-202-0, 631 páginas)

Se publica la quinta edición de la obra *Derecho Privado Romano* del profesor Dr. Antonio Fernández de Buján. De la primera edición publicada en 2008 a la actual, la obra ha duplicado casi el número de páginas, de las trescientas originales a las actuales 631, y con ello el contenido de la misma. La segunda edición se publicó en 2009 (320 páginas). Esta quinta edición, en cuanto a su texto, coincide casi al cien por cien con la cuarta; sí se ha ampliado puntualmente la parte bibliográfica.

El libro está dividido en treinta capítulos, si bien no aparecen agrupados temáticamente, puede decirse que responden a: Conceptos, que se estudian en el Capítulo I: “Conceptos. Dicotomías del *Ius*”; Derecho Procesal, que se aborda en los Capítulos II a VII (Cap. II: “Jurisdicción”, Cap. III: “La Administración de Justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales”, Cap. IV: “El procedimiento de las *legis actiones*”, Cap. V: “El procedimiento formulario”, Cap. VI: “Procedimiento extraordinario, *cognitio extraordinaria*” y Cap. VII: “Arbitraje”); Derecho de personas, que se recoge en los Capítulos VIII al X (Cap. VIII: “La persona física. Causas modificativas de la capacidad jurídica”, Cap. IX: “Causas excluyentes o limitativas de la capacidad de obrar. La persona jurídica”, Cap. X: “Libertad y ciudadanía”); Derecho de familia, en los Capítulos XI y XII; el Negocio jurídico en los Capítulos XIII y XIV; Derechos reales, en los Capítulos XV al XXIV (Cap. XV: “La posesión”, Cap. XVI: “Cosas”, Cap. XVII: “Derechos reales”, Cap. XVIII: “Defensa de la propiedad. Copropiedad”, Cap. XIX: “Modos originarios de adquirir la propiedad”, Cap. XX: “Modos derivativos de adquirir la propiedad”, Cap. XXI: “Derecho real de servidumbre”, Cap. XXII: “Derechos reales de usufructo, uso y habitación”, Cap. XXIII: “Enfiteusis. Superficie” y Cap. XXIV: “Derechos reales de garantía”); y finalmente, Derecho de obligaciones, en los Capítulos XXV a XXX (Cap. XXV: “La *obligatio*: Terminología. Origen. Concepto. Objeto”, Cap. XXVI: “Fuentes de las obligaciones”, Cap. XXVII: “Clasificación de las obligaciones”, Cap. XXVIII: “Transmisión y extinción de las obligaciones”, Cap. XXIX: “Garantía de las obligaciones” y Cap. XXX: “Incumplimiento de las obligaciones”).

Desde el punto de vista del orden sistemático que utiliza el autor: El esquema no es simplemente el de las Institutas de Gayo o Justiniano. Después del primer capítulo sobre conceptos y dicotomías del *ius* se entra en materia mediante seis capítulos sobre el proceso. Ésta nos parece una idea acertada, dado que para los juristas romanos valía *ubi remedium, ibi ius* –pensaban en términos de medidas procesales, no tanto sobre derechos que daban lugar a una medida procesal, algo que no cambiaría de verdad hasta la Baja Edad Media. Se podría añadir– quizás esta coincidencia pudiera destacarse todavía más en el capítulo V sobre el procedimiento formulario –que las obras

de los juristas romanos clásicos fueron escritas durante la época del proceso *per formulas*, las cuales constituían el punto de partida de razonamientos de alto nivel técnico alrededor de las palabras de la fórmula que encauzaba el procedimiento. Es decir, que el derecho sustantivo se desarrolló en función de la técnica procesal. Todo esto justifica ampliamente la prioridad dedicada por el autor al derecho procesal, máxime si se tiene en cuenta que de esta manera se coloca al estudiante en la óptica correcta para el entendimiento del derecho material.

Asimismo cabe decir que en la primera de las ediciones de esta obra, el proceso era objeto de tratamiento en el también conocido trabajo del autor *Derecho Público romano*, que a la fecha de esta reseña alcanza un total de quince ediciones, decidiendo el autor incorporarlo posteriormente a la obra *Derecho Privado romano*.

Merece llamar la atención a la significativa atención al negocio jurídico (Capítulos XIII y XIV), algo infrecuente en los manuales de Derecho romano. Aquí se explicita la preocupación constante del autor por engarzar las instituciones, reglas, principios y soluciones romanas con el derecho moderno, pretensión que se plasma en la contracubierta del libro.

El sitio que ocupa la posesión como tema autónomo –en las Institutas no se le dedica ningún título propio, en el Digesto y en el Códex hay títulos que tan sólo tratan la adquisición y la pérdida de la posesión– en el capítulo XV podría estar inspirado en el Código Civil español, aunque se coloca antes de la división de las cosas. También se puede ver como un injerto pandectístico más, después del negocio jurídico. Estos tres capítulos pueden servir para enseñar cómo se ha desarrollado una teoría moderna sobre la base de los textos romanos, aunque los Romanos no llegaron a este nivel de abstracción jurídica.

El método con el que el autor aborda cada capítulo es histórico y dogmático, mediante una presentación clara, con un estilo marcadamente pedagógico, donde los diferentes conceptos, reglas e instituciones romanas se presentan tal cual han sido desarrolladas por la doctrina romanística y también moderna, de modo que el autor recorre la evolución jurídica más allá de la historia de Roma propiamente dicha en sus conocidas etapas primitiva, preclásica, clásica y postclásica, para adentrarse moderadamente en el desarrollo medieval y principalmente en la moderna pandectística. Esto se hace notar especialmente en varios capítulos, como el ya citado del negocio jurídico y los relativos a las obligaciones que ya se incorporaron a la cuarta edición.

Además el autor pone en relación el Derecho romano específicamente con el Derecho civil español, con constantes referencias al Código Civil, especialmente de interés en la parte de obligaciones que se añadió en la cuarta edición en la cual el autor acude al pensamiento de la doctrina civilista moderna de nuestro país, como son las alusiones por ejemplo al profesor Díez-Picazo Ponce de León (si bien, no siempre aparece citada en la bibliografía

final la obra en concreto que sirve de apoyo al autor). Sin duda alguna, esta simbiosis que el autor lleva a cabo con el derecho moderno constituye un valor valioso de la obra, de gran utilidad para el civilista moderno y para todo estudioso del Derecho que busca en el Derecho romano los antecedentes de las instituciones actuales.

Todos y cada uno de los capítulos se cierran con un apartado de bibliografía, que el autor ha ido incrementando en las sucesivas ediciones. Esas referencias bibliográficas para cada tema son siempre bien recibidas por el lector. Constituyen además un instrumento de apoyo al estudiante que quiera ampliar sus conocimientos sobre la materia y, en general, para todo jurista, no sólo romanista, que encuentra en esta obra un complemento facilitador del acceso a las fuentes bibliográficas. No obstante, en la cita de la obra, la referencia al autor a veces se hace con y otras sin iniciales del nombre, incluso con respecto a la misma obra que aparece diferentemente citada en los capítulos en los que se alude a la misma. En ocasiones se ordena alfabéticamente por el nombre completo en vez de por el apellido (como acontece con Max Kaser o Kaser, M.); amén de que de vez en cuando no se observa fidelidad al verdadero nombre del autor, como tampoco al carácter de obra original o mera reimpression. También deberían corregirse no pocas erratas en las referencias a la bibliografía extranjera, principalmente alemana e italiana, que pueden desconcertar al lector extranjero.

Sin embargo estos detalles, de menor relevancia y fáciles de corregir, en absoluto merman valor a lo que realmente aporta el trabajo del autor en este extremo, cual es una bibliografía muy actualizada y ad hoc para cada uno de los temas que facilitan al jurista la ampliación de información o aspectos que la obra aborda.

El autor detiene en el Derecho de obligaciones el desarrollo conceptual del Derecho privado romano que previsiblemente completará en el futuro en una nueva edición donde adicionará el estudio de los contratos en particular y de los delitos; así como del derecho sucesorio. La cuarta edición aportó una novedad fundamental, el tratamiento del Derecho de obligaciones. Eso sí, solamente en su parte general, sin abordar el tratamiento de los contratos y de los delitos. Principalmente, ha de decirse que la materia contractual es de especial importancia por su esencial influencia en el desarrollo dogmático moderno. Su conocimiento es básico al efecto de reflejar en toda su extensión los aspectos más influyentes del Derecho privado romano, por lo tanto, el lector espera que el autor complete la obra para dar una visión íntegra del mismo.

Es asimismo loable la inclusión de un índice analítico al final de la obra. Podría completarse en una futura edición con un adicional índice de fuentes romanas, de derecho intermedio y de fuentes modernas, que facilitarían la búsqueda de información dentro de la obra.

Se echa en falta una lista de abreviaturas de las publicaciones periódicas o revistas que son utilizadas en la bibliografía final de cada capítulo, donde

aparecen normalmente con las siglas más comúnmente utilizadas. Dada la internacionalidad del Derecho romano y del potencial lector de esta obra parece imprescindible su inclusión, por no mencionar los posibles equívocos a que pueden dar lugar siglas como por ejemplo *RDP*, que podría leerse como la española *Revista de Derecho Privado* o bien como la italiana *Rivista di Diritto Privato*. Es cierto que la mayor parte de las referencias resultan conocidas para un lector familiarizado con la consulta de este tipo de publicaciones, y que a decir verdad las más de las veces intuirán su significado, ahora bien los estudiantes agradecerán su aclaración y en todo caso favorece la seguridad en las citas a las referencias empleadas.

Finalmente y con todo, debemos decir que sin duda alguna, estamos ante una obra que está llamada a ser un referente en la doctrina romanista. Felicitamos al autor por la valentía en realizar una obra de esta entidad, que incrementa anualmente desde 2008, con una nueva edición que la doctrina recibe con enorme interés, viendo cómo crece su contenido y se configura como una insignia de la moderna romanística española. Es una suerte que en estos tiempos en los que el Derecho romano no vive su mejor momento, se publique una obra de estas características.

Es de congratularse que así sea y sólo cabe esperar que el autor amplíe el contenido a los contratos y a los delitos, así como al Derecho de sucesiones en sucesivas ediciones que a buen seguro publicará, completando de esta manera el *Derecho Privado Romano*.

Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto)
Tammo Wallinga (Antwerpen / Erasmus Rotterdam)

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad 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 harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la 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. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, 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 BÚRCA, 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, nº. 164, p. 26901.
 - Reglamento (CE) nº 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) nº 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* nº. 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 5º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, – nº 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». 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 (± 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 esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su reseña o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 61, Issue 1, January-June 2013

Table of Contents

Studies

The function of proposition and admission of evidence in the preliminary hearings

Xavier Abel Lluch

The crash of the PSOE in 1933. From the Government to the Revolution (and II)

Victor Manuel Arbeloa Muru

Rule of law and religious pluralism

Arturo Calvo Espiga

Assumptions for an interpretation of the political transition in Spain

Eloy García López

Methodological considerations on the new relationship between State, Law and Social Justice within the European market constitutionalism

Ainhoa Lasa López

Certainty and truth in Law

Agustín Luna Serrano

Some issues on infamy and its legal consequences in Roman and Medieval law

Olga Marlasca Martínez

The challenges of democracy: participative democracy as complement of representative democracy

Alfredo Ramírez Nardiz

Reflections on the legal framework on invasive procedures research involving human beings in Spain

Asier Urruela Mora

Judicial suitability of the system of the sources of the Law to the Welfare State of today and tomorrow

Manuel María Zorrilla Ruiz

Case Law

The *Robathin v Austria* Ruling by the European Court of Human Rights: Some Preliminary Considerations from a Competition law Perspective

Pablo Figueroa Regueiro, Yulia Tosheva

Conferences

Compliance of the Moroccan autonomy initiative in the Sahara with international laws and standards relating to autonomy

Amina El Messaoudi

Fiscal autonomy: cause or consequence of the regional speciality?

Nicolò Megliorini

Book reviews