

Estudios de Deusto

Vol. 60/1 Enero-Junio 2012

Sumario

Estudios

El quiebro del PSOE en 1933. Del Gobierno a la Revolución (I)

Víctor Manuel Arbeloa Muru

La reforma laboral de 2012: descodificando reformas del anterior Gobierno, intentando implementar la extravagante flexiseguridad. ¿Qué hay de nuevo?

Javier Arrieta Idiakez

Las profesiones liberales y la Seguridad Social
Víctor Fernando Manrique López

Multiculturalidad y centros penitenciarios
Fernando Reviriego Picón

Sobre los Consejos Judiciales autonómicos

Manuel Terol Becerra

Notas

El constituyente profeta

Abraham Barrero Ortega

La dimensión política de la Junta de Portavoces

Pilar Cortés Bureta

Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional

Alberto Oehling de los Reyes

La regla de oro en la Constitución polaca de

1997 y su influencia social y económica

Rubén Darío Torres Kumbrían y Juan de Dios Izquierdo Collado

Jurisprudencia

Sobre la condena por prevaricación del magistrado Baltasar Garzón por la intervención de las comunicaciones autorizada con ocasión de la instrucción del Caso Gürtel: La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012
María Luz Martínez Alarcón

Congresos

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto
Incluida en el catálogo LATINDEX
Indexada en la base de datos ISOC

Fundada en 1904
Segunda época. Vol. 60/1
Desde su fundación vol. 88
(Fasc. 128)
Enero-Junio 2012

Bilbao
Universidad de Deusto
2012

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); Hassan Qaqaya (UNCTAD); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe University); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto); Martín Oudin (Université Jean Moulin-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:

Publicaciones

Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero

Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao

Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa 41 €

Otros países 50\$

Número suelto 22 €

IVA incluido

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

Indexada en la base de datos ISOC.

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

Victor Manuel ARBELOA MURU, <i>El quiebro del PSOE en 1933. Del Gobierno a la Revolución (I)</i>	13
Javier ARRIETA IDIAKEZ, <i>La reforma laboral de 2012: descodificando reformas del anterior Gobierno, intentando implementar la extravagante flexiseguridad. ¿Qué hay de nuevo?</i>	57
Victor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, <i>Las profesiones liberales y la Seguridad Social</i>	81
Fernando REVIRIEGO PICÓN, <i>Multiculturalidad y centros penitenciarios</i>	107
Manuel TEROL BECERRA, <i>Sobre los Consejos Judiciales autonómicos</i>	145

Notas

Abraham BARRERO ORTEGA, <i>El constituyente profeta</i>	193
Pilar CORTÉS BURETA, <i>La dimensión política de la Junta de Portavoces</i>	209
Alberto OEHLING DE LOS REYES, <i>Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional</i>	233
Rubén Darío TORRES KUMBRÍAN y Juan de Dios IZQUIERDO COLLADO, <i>La regla de oro en la Constitución polaca de 1997 y su influencia social y económica</i>	253

Jurisprudencia

MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, <i>Sobre la condena por prevaricación del magistrado Baltasar Garzón por la intervención de las comunicaciones autorizada con ocasión de la instrucción del Caso Gürtel: La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012</i>	273
--	-----

Congresos

Josep M ^a CASTELLÀ ANDREU Y Carlos VIDAL PRADO, <i>La construcción jurisprudencial de la Europa de los valores: jueces, criterios ético-políticos y razonamiento jurídico en torno al inicio de la vida</i>	305
Emanuele Rossi, <i>Rasgos constitucionales de la protección del embrión. Una introducción</i>	307

Pablo NUEVO LÓPEZ, <i>Dignidad humana y patentabilidad de invenciones biomédicas</i>	327
Lorenza VIOLINI, <i>Las vicisitudes de la protección de la vida y la dignidad humana en el ordenamiento europeo...</i>	357
Antonino SPADARO, <i>La sentencia Brüstle sobre los embriones: muchos méritos y... otros tantos defectos</i>	367
Elisabetta CATELANI, <i>Embriones y procreación asistida ante los tribunales europeos: remisión a la decisión de los jueces nacionales</i>	371
Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, <i>El derecho a la vida como derecho a nacer</i>	375
Carlos VIDAL PRADO, <i>El estatuto jurídico del embrión en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español</i>	383

Recensiones

Luigi FERRAJOLI, <i>Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional</i> , por Ignacio Álvarez	393
VV.AA., <i>Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional</i> , por Esperanza Gómez Corona	399
Anthony ARNULL, Catherine BARNARD, Michael DOUGAN y Eleanor SPAVENTA, <i>A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood</i> , por Ignacio García Vitoria	405
Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, <i>El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley</i> , por Pedro J. Tenorio Sánchez	409
Rafael NAVARRO-VALLS y Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, <i>Conflictos entre conciencia y ley</i> , por Fernando Simón Yarza	415
Alejandro NIETO, <i>El malestar de los jueces y el modelo judicial</i> , por María Luz Martínez Alarcón	421
Klaus STERN, <i>Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland</i> , por Alberto Oehling de los Reyes	427

Table of Contents

Studies

Victor Manuel ARBELOA MURU, <i>The break of PSOE in 1933. From the power to the revolution (I)</i>	13
Javier ARRIETA IDIAKEZ, <i>The labour reform of 2012: decoding reforms of the previous government, trying to implement the flexisecurity stravaganza. What is new?</i>	57
Victor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, <i>Liberal professions and Social Security</i>	81
Fernando REVIRIEGO PICÓN, <i>Multiculturalism and prisons</i>	107
Manuel TEROL BECERRA, <i>On the Regional councils of the judiciary</i>	145

Notes

Abraham BARRERO ORTEGA, <i>The constituent prophet</i>	193
Pilar CORTÉS BURETA, <i>The political dimension of the Board of spokepeople</i>	209
Alberto OEHLING DE LOS REYES, <i>Fundamental rights of the military staff boarded for the compliance of an international mission</i>	233
Rubén Darío TORRES KUMBRÍAN y Juan de Dios Izquierdo COLLADO, <i>The golden rule in the Polish Constitution of 1997 and its social and economic influence</i>	253

Jurisprudence

MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, <i>On the condemnation of Baltasar Garzón as a result of his decision of intervention of communications between some prisoners and their lawyers in the Gürtel case</i>	273
--	-----

Conferences

Josep Mª CASTELLÀ ANDREU Y Carlos VIDAL PRADO, <i>The construction of the Europe of Values through Case Law: Judges, Ethics and Legal Reasoning vis-à-vis the Beginning of Life.</i>	305
Emanuele Rossi, <i>Constitutional aspects of the embryo legal protection. An introduction</i>	307

Pablo NUEVO LÓPEZ, <i>Human dignity and the patenting of biotechnological inventions</i>	327
Lorenza VIOLINI, <i>Some issues concerning the protection of life and human dignity in the european legal order...</i>	357
Antonino SPADARO, <i>The Brüstle judgement on embryos: many merits... and many flaws</i>	367
Elisabetta CATELANI, <i>Human embryos and assisted reproduction before the European Courts: referral to the national judges</i>	371
Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, <i>The right to life as the right to be born</i>	375
Carlos VIDAL PRADO, <i>The legal status of the human embryo within the Spanish Constitutional Court</i>	383

Book reviews

Luigi FERRAJOLI, <i>Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional</i> , by Ignacio Álvarez	393
VV.AA., <i>Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional</i> , by Esperanza Gómez Corona	399
Anthony ARNULL, Catherine BARNARD, Michael DOUGAN y Eleanor SPAVENTA, <i>A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood</i> , by Ignacio García Vitoria	405
Juan Carlos CABANAS GARCÍA, <i>El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley</i> , by Pedro J. Tenorio Sánchez	409
Rafael NAVARRO-VALLS y Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, <i>Conflictos entre conciencia y ley</i> , by Fernando Simón Yarza	415
Alejandro NIETO, <i>El malestar de los jueces y el modelo judicial</i> , by María Luz Martínez Alarcón	421
Klaus STERN, <i>Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland</i> , by Alberto Oehling de los Reyes	427

ESTUDIOS

El quiebro del PSOE en 1933

(Del Gobierno a la Revolución)

I

Víctor Manuel Arbeloa Muru

Licenciado en Teología e Historia de la Iglesia.
Universidad Gregoriana de Roma.
Licenciado en Filosofía.
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 05.03.2012

Aceptado: 31.05.2012

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.

Palabras clave: Partido Socialista Obrero Español, Segunda República, Democracia, Revolución.

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 aggravated 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.

Sumario: I. La agitada primavera de 1933.—II. El PSOE no abandona el Gobierno.—III. El último Gobierno de Azaña.—IV. El crudo verano de 1933.—V. Dentro y fuera de Gobierno.—VI. El Comité nacional del PSOE (18 y 19 de septiembre).

I. LA SITUACIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA ESTABA MUY AGITADA EN LA PRIMAVERA DE 1933

El día 7 de enero de ese año, el redactor “Verbo Rojo” escribía en el diario anarco-sindicalista *C.N.T.*, de Madrid: “Nada se salvará. Nuestra lucha en

campos y ciudades acabará con todo el estamento burgués. El fuego purificador lavará la carroña milenaria, que arrastra y embrutece a los pueblos”¹.

Al día siguiente, se declaraba la huelga general en Barcelona, que debía servir de señal para el levantamiento –uno más– planeado en toda España por la FAI (Federación Anarquista Ibérica), creada en 1927 para que sirviera de fermento revolucionario dentro de las estructuras del sindicato mayoritario CNT (Confederación Nacional del Trabajo). Hubo explosiones de bombas, tiroteos, intentos de asalto a cuarteles y combates sangrientos, que dejaron muchos muertos, en Barcelona, Madrid, Lérida, Valencia, Zaragoza, Cuenca, Zaragoza, Sevilla, Oviedo y Gijón. Tarrasa, Sardañola, Lérida y Sallent, en Cataluña; Ribarroja, Pedralba, Bétera, en Valencia; Arcos, Málaga, Utrera, La Rinconada, Sanlúcar, Alcalá de los Gazules, Medina Sidonia y Casas Viejas, en Andalucía, proclamaron el comunismo libertario, que duró unas horas: ocupación de la casa consistorial, quema del archivo de la propiedad, intento de control del cuartelillo de la guardia civil, detención de los principales propietarios, supresión del dinero y reparto de bonos... hasta la reducción de los sublevados por la guardia civil local o venida de fuera.

Se declaró el estado de guerra en los lugares afectados por la sedición, se clausuraron los sindicatos de la CNT y se detuvo al comité peninsular de la FAI y a otros dirigentes “faístas”.

Pero la insurrección tuvo su punto más trágico en una miserable pedanía del municipio de Medina Sidonia (Cádiz), llamado Casas Viejas. Fueron los llamados sangrientos “sucesos de Casas Viejas”, el día 12 de enero, tras la subversión anarquista que comenzó dos días antes, y la brutal represión por parte de mandos policiales de Asalto. Los 22 campesinos y 3 guardias civiles muertos conmovieron a todo el país, alborotaron a las Cortes y desestimaron al Gobierno. El caso sacudió a todos los grupos y personas de bien, sin excluir al partido socialista, a pesar de que en las Cortes estuvo siempre defendiendo al Gobierno de cualquier acusación de complicidad².

¹ ELORZA, A., *La utopía anarquista bajo la Segunda República. Precedido de otros trabajos*, Ed. Ayuso, Madrid, 1973, p. 454. Sobre el anarquismo y el anarco-sindicalismo en España durante el año 1933 y el resto de la República, su ideología, su organización, sus tendencias y sus divisiones, sus pensadores y sus principales incidentes, todo este lúcido estudio: pp. 351-468.- El joven novelista y periodista aragonés Ramón J. Sender, autor de la novela *Siete Domingos Rojos*, sobre una huelga anarquista en el Madrid de 1932, publicada ese mismo año, contribuyó notablemente al conocimiento y difusión de la ideología anarquista con ese libro y, además, con los artículos publicados en el diario madrileño *La Libertad* durante los días que duró la huelga de enero de 1933 en toda España, y especialmente con los dedicados al levantamiento y represión en Casas Viejas, recogidos después en el libro *Viaje a la aldea del crimen*, publicado en 1934.

² Juan Simeón Vidarte, abogado; hermano “Robespierre” en la orden masónica, con el grado tercero; vicesecretario de la comisión ejecutiva del partido así como de la de Juventudes Socialistas; diputado por Badajoz y primer secretario de la Mesa de las Cortes, perteneciente a la corriente política llamada “centrista”, nos dejó en un interesantísimo libro

Fue una ocasión pintiparada para que, desde el 15 de febrero, los republicanos radicales (PRR) de Alejandro Lerroux –diputado por Madrid-capital con el mayor número de votos dentro de la conjunción republicano-socialista, ministro de Estado en los dos gabinetes provisionales de la República y líder del segundo grupo más numeroso tras el PSOE–, así como otros grupos republicanos menores y toda la derecha, agravada por el extremoso proyecto de ley de confesiones y congregaciones religiosas, llevaran a cabo una relativa obstrucción parlamentaria. El presidente del Consejo, Manuel Azaña, después de penosas declaraciones para salvar su responsabilidad en la represión en Casas Viejas, tuvo que reconocer la existencia de “ejecuciones fuera de toda legalidad” y destituir al director general de Seguridad, Arturo Menéndez, encarcelado poco después y procesado, aunque su proceso fue revocado dos meses después. No obstante, el Gobierno ganó una y otra vez la cuestión de confianza en la Cámara.

La República ya no es el *formidable aparato para fabricar una España más rica y más precisa, en que cada español dé su máximo rendimiento*, como soñaba José Ortega y Gasset, unos meses antes³. Se ha convertido no sólo en *una republiquita tonta*, como él temía, sino en una república enloquecida, compuesta de huelgas y de barullo parlamentario.

Todo el mundo hablaba durante esos meses de crisis y varios partidos políticos deseaban la caída del gabinete. En el Consejo de ministros del día 6 de marzo, el presidente del PSOE, diputado por Madrid-capital y ministro de Trabajo y Previsión Social, Francisco Largo Caballero, le dijo al presidente Azaña, diputado también por la capital, fundador y presidente del tercer partido gubernamental, Acción Republicana (AR), que, si se planteaba la crisis

de recuerdos el dato de que el grupo parlamentario socialista estuvo a punto de pedir la salida de sus tres ministros del Gobierno Azaña, después de lo ocurrido en Casas Viejas. “Yo, cuando ustedes quieran –escribe que dijo Francisco Largo Caballero, presidente del partido y ministro de Trabajo y Previsión Social–, tiro el arpa. Los sucesos de Casas Viejas los llevo clavados en el alma. Es mejor que nos vayamos a casa que soportar esta indignidad”. También el presidente de la directiva del grupo, Remigio Cabello, vicepresidente del partido, tenía la misma convicción. Fue Indalecio Prieto, ministro de Obras Públicas, vocal de la dirección nacional y diputado por Vizcaya-capital, quien convenció a sus compañeros para que esperaran a tener más y mejor información sobre lo sucedido. VIDARTE, J. S., *Las Cortes Constituyentes de 1931-1933*, Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1976, p. 522. También en las filas radical-socialistas fue grande la tribulación, de tal modo que pidieron a sus dos ministros, y fundadores del partido, Marcelino Domingo y Álvaro de Albornoz, que salieran del gabinete. El primero de ellos cuenta en sus memorias que amenazó, en caso de que su minoría parlamentaria no votara la confianza al Gobierno, con sólo con dejar el ministerio, sino con dejar de ser diputado y militante radical socialista. Tal vez la misma actitud fue la de Albornoz. El caso es que la minoría votó, a regañadientes, a favor del Gobierno Azaña. DOMINGO, M., *La experiencia del poder*, Ed. Javier Morata, Madrid, 1934, pp. 288-289.

³ ORTEGA Y GASSET, J., “Hay que cambiar de signo a la República”, *Crisol*, 13 de julio de 1931.

y empezaban las consultas, los tres ministros socialistas tenían decidido “retirarse definitivamente del poder y quién sabe por cuántos años. Vamos, que no nos reenganchamos, añade Prieto”⁴. Los tres ministros socialistas estaban en el Gobierno desde el 14 de abril de 1931.

La participación o no de ministros socialistas en un Gobierno burgués era una cuestión candente dentro de la militancia socialista. El XII Congreso del PSOE, celebrado en octubre de 1932, que eligió a Francisco Largo Caballero como presidente del partido, el dictamen de la ponencia elegida dentro de la comisión “Problemas de táctica” –Ramón Lamoneda, Bruno Alonso, Pascual Tomás, Mariano Rojo y Gabriel Morón– dio lugar, junto a varias enmiendas presentadas, a un largo y polémico debate⁵. El primer punto del dictamen reza que “cumplido el programa que trazó el Congreso extraordinario de 1931, la Ejecutiva elegirá el momento de convocar al Comité nacional para resolver sobre el caso de la participación en el Gobierno”. A tenor del segundo punto, “la decisión de separar del Gobierno a los ministros socialistas la adoptará el Comité nacional después de oír a la minoría parlamentaria”. El punto tercero es toda una proclama ideológica de la mayoría de la ponencia: “Estabilizada la República, el Partido Socialista se consagrará a una acción netamente anticapitalista, independiente de todo compromiso con fuerzas burguesas, y encaminará todos sus esfuerzos a la conquista plena del Poder para la realización del Socialismo”. El cántabro Bruno Alonso, el más veterano de la ponencia, presentó un voto particular para que el partido diera ya “por terminada su colaboración ministerial”, que, si pudo tener su explicación en el movimiento para derrocar la monarquía, “no lo puede tener en lo sucesivo, de acuerdo con el espíritu anticapitalista que informa nuestra historia”.

Un grupo de congresistas, encabezado por Indalecio Prieto, diputado por Vizcaya-capital y ministro de Obras Públicas, enmendaba el dictamen en el sentido de que procede “dar por concluida” la participación en el Gobierno “tan pronto como las circunstancias lo permitan sin daño para la consolidación y fortalecimiento de la República ni riesgo para la tendencia izquierdista se-

⁴ AZAÑA, M., Diario del 6 de marzo de 1933, *Obras completas: Memorias políticas y de guerra*, Ediciones Oasis, México, 1968, p. 460.

⁵ *El Socialista*, 12 y 13 de octubre de 1932. Lo esencial, en *XIII Congreso del Partido Socialista Obrero Español (Del 6 al 13 de octubre de 1932)*, Ed. Gráfica Socialista, Madrid, 1934, pp. 561-563. - Sobre el partido socialista en este período, CONTRERAS, M., *El PSOE en la II República: organización e ideología*, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1976, pp. 247-265; JULIÁ, S., *Los socialistas en la política española (1879-1982)*, Ed. Taurus, Madrid, 1997, pp. 183-203. Para los datos biográficos de los políticos socialistas, es imprescindible el *Diccionario Biográfico del Socialismo Español (1879-1939)*, 2 vol., dirigido por Aurelio Martín Nájera, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2010, y todavía más abundante: <http://diccionariobiografico.psoe.es/>. También son muy útiles las obras de este mismo autor, MARTÍN NÁJERA, A., *El grupo parlamentario socialista en la Segunda República: estructuras y funcionamiento*, 2 vol., Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2000, y *Partido Socialista Obrero Español*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2009.

ñalada al nuevo régimen en la ley fundamental del Estado y en aquellas otras de carácter complementario ya aprobadas, la cual tendencia debe asimismo asegurarse en las leyes que aún corresponde votar en las Cortes Constituyentes". En un segundo párrafo se añade que "corresponderá en todo momento apreciar si las circunstancias son adecuadas para una separación a la Comisión ejecutiva del partido y a nuestro grupo parlamentario". En caso de no coincidir los dos organismos, sería el comité nacional, convocado con urgencia, el que resolviera la cuestión.

Aprobada su tramitación, hablaron varios congresistas a favor y en contra de la enmienda. Su primer firmante la defendió como más realista y flexible que la de la ponencia, dada la importancia y el peso de los socialistas en la defensa de la República y de sus instituciones y la delicada situación política de España. Si abandonaban precipitadamente el poder a los solos republicanos, se verían obligados a colaborar con ellos en las Cortes, lo que sería mucho peor, a no ser que al día siguiente se lanzasen a la revolución, lo cual sería para todos una desgracia. Besteiro, dejando esta vez su tajante oposición a la participación de los socialistas en un Gobierno burgués, ponderó los riesgos de una separación inmediata de los ministros del partido de sus quehaceres gubernamentales. Más impresión causó el que pronto iba a ser elegido presidente del partido, Francisco Largo Caballero: entendía la cuestión planteada como una cuestión no más que de "tática". No le parecía bien que "el partido abandonara el papel de actor para tomar el de comparsa". La ocupación completa del poder por los socialistas, en un caso hipotético, tendría todas las instituciones del Estado en contra: burocracia, fuerza pública, magistratura...: "Mientras el capitalismo tenga en su poder la llave de la producción, ¿qué podría hacer un Gobierno socialista, si el capitalismo le boicoteara?". Por eso lo que importa es luchar contra el capitalismo, "responsable de la situación actual". Le dolía al ministro de Trabajo y Previsión Social que se hubieran levantado el país tantas voces a censurar la gestión de los ministros socialistas y "no se haya levantado una sola voz" contra el capitalismo. Según Caballero, el partido "no es reformista", y "siempre ha roto la legalidad cuando ha convenido a nuestra ideas". Se trata, pues, de una cuestión de táctica. La enmienda fue aprobada por el congreso con 23.718 votos contra 6.536.

En la reunión de la comisión ejecutiva del 8 de marzo⁶, a la que asisten todos sus miembros, plantea el presidente Caballero la conveniencia de fijar posición frente al problema político creado en las Cortes después de "los sucesos de Casas Viejas" y de la obstrucción de la minoría radical, en caso de que se abriera la crisis y los llamara a consulta el presidente de la República. Van todos dando su parecer, coincidente en continuar en un Gobierno de "concentración de la izquierda". Sólo Vidarte se muestra partidario de que, si fuera posible obtener apoyos, la presidencia recaiga en un socialista. Prieto añade

⁶ AH 20-2, p. 41.

a la opinión común negar “toda posible colaboración a un Gobierno de Lerroux”, y, en último término, “ver el medio de abandonar el Poder”. De los Ríos entiende la oposición en la Cámara al Gobierno por el “desconocimiento que éste tenía de lo ocurrido en Casas Viejas”, y dice que el Parlamento da la sensación de crisis “por la falta de entusiasmo en la mayoría”; se muestra contrario a cargar con la responsabilidad de dirigir el gabinete. No le gusta nada al presidente lo dicho por su compañero de gabinete, ya que en todo momento –asevera tajante– se ha procurado desde el Gobierno “el más exacto cumplimiento de la Ley”. También él, en caso de crisis, es partidario de un Gobierno de izquierda, presidido por Azaña, “demostrando así la lealtad con que ese hombre ha cumplido con nosotros en el Gobierno”, pero “por todos los medios imaginables se debe impedir que el Gobierno de la República derive hacia la derecha, porque destrozaría toda la obra que la República ha realizado”. Y termina afirmando que, por su parte, “jamás ocultará aquellas faltas constitucionales que puedan cometer elementos del Gobierno, incluso las que pudiera realizar el Presidente de la República”. Aviso a navegantes.

A finales de ese mes, los grupos republicanos de oposición, que deseaban la disolución de las Cortes y la salida de los socialistas del poder, publicaron una primera nota de protesta, redactada por el ex ministro de la Gobernación del primer Gobierno provisional de la República, Miguel Maura, diputado por Madrid-capital y presidente del pequeño partido republicano conservador (PRC). El ex radical-socialista y ahora radical-socialista de izquierda (PRRSI), Juan Botella Asensi, era el principal inductor del proyecto. La nota resultaba muy crítica para el Gobierno, y sobre todo para su presidente, que se mostró muy molesto con ella y en un primer momento sintió la tentación de dimitir⁷.

⁷ *Ibidem*, diario del 14 de abril, pp. 479-482.- Ya en la sesión de la comisión ejecutiva socialista, del 23 de febrero de ese año, se leyó el proyecto de un manifiesto, para ser publicado en su periódico, en el que, frente a la obstrucción parlamentaria llevada a cabo “contra el Partido”, se recordaban los compromisos de los que formaron parte del comité revolucionario, y la fidelidad de los socialistas a los mismos. Si un día colaboró el partido, junto a la UGT, en el movimiento revolucionario para derribar al rey Alfonso XIII, fue para cumplir la aspiración primera de su programa mínimo y para ser fieles al manifiesto comunista de Marx y Engels, que recomendaba al proletariado “luchar de acuerdo con la burguesía, siempre que ésta actúe revolucionariamente contra la monarquía absoluta”. La única base del pacto con las agrupaciones republicanas fue “un programa de reformas política y sociales”. No solicitaron formar parte del Gobierno ni exigieron nada en cuanto al número y calidad de los cargos en él. Tampoco durante los dos años transcurridos han pretendido nada más de lo previamente acordado por el comité revolucionario, y nadie más que ellos han tenido que transigir y constreñirse en sus deseos para llegar a veces al punto de transacción en orden a consolidar y defender la República en todo momento. Otros partidos, que formaron parte del comité revolucionario no deben olvidar sus compromisos con algunas leyes, que ahora critican, “que las aprobaron en Consejo de Ministros, sin discrepar siquiera en los detalles y que las sancionaron después con sus votos en las Cortes”. Fundación Pablo Iglesias. Archivo Histórico (AH), 20-2, p. 39.- Por su parte, Alejandro Lerroux, en un libro de memorias, publicado varios años más tarde, escribe: “Desde que

Llegó el susodicho escrito al despacho del Consejo de ministros en el palacio de las Cortes. “Pregunté –escribe Manuel Azaña en su diario– a los socialistas qué harían en caso de crisis si el Presidente abría las consultas. Caballero dijo que no apoyarían a ningún Gobierno donde hubiese radicales, y que estarían dispuestos a seguir colaborando en otro Gobierno parecido al actual”⁸. En el posterior Consejo de ministros, mañana del martes, según la misma fuente, “Largo y los otros socialistas decían que los propios adversarios de la colaboración ministerial, dentro de su partido, han cambiado de parecer, en vista de las circunstancias, y que están dispuestos a hacer todo lo necesario para que la maniobra de las oposiciones no prevalezca”⁹.

Por la tarde del mismo día, don Manuel se reunió con el presidente de la República, y en el Congreso con sus ministros para exponerles los puntos de vista de aquél. En esa conversación, y cuando estaba ausente Largo, Fernando de los Ríos, diputado por Granada, ministro de Instrucción Pública y anterior ministro de Justicia, dijo al presidente del Gobierno que no recordaba “que el acuerdo del Partido Socialista, para seguir colaborando aunque se plantease la crisis, fuese tan explícito y terminante como había dicho Largo Caballero”. Duda que sorprendió al presidente del Consejo, quien le advirtió que era menester resolverla al momento, porque no podía él ir a plantear una crisis sin saber las soluciones que podía proponer a la presidencia de la República, y que, si los socialistas no estaban dispuestos a seguir en el Gobierno en caso de crisis abierta, su propia conducta tendría que ser muy diferente. Marcelino Domingo, diputado radical-socialista por Tarragona y ministro de Agricultura, puso de manifiesto que la actuación de su grupo dependía en buena parte de la de los socialistas¹⁰.

Al día siguiente, miércoles, tras nueva audiencia con don Niceto Alcalá Zamora, Azaña vio de nuevo a sus ministros en el Congreso, por la tarde. Las dudas del ministro socialista se habían resuelto: “Fernando de los Ríos –anota Azaña– me dijo que, por la mañana, se había reunido la Comisión ejecutiva del partido, y que el acuerdo era, en efecto, tal como Largo me lo había dicho.

los sucesos del 10 de mayo del 31 le alumbraron con la luz de sus hogueras, me propuse romper aquella coalición o apartarme de ella”. *La pequeña historia: Apuntes para la historia grande vividos y redactados por el autor*, Ed. Cimera, Buenos Aires, 1945, p. 158.

⁸ *Obras completas...* diario del 14 de abril, p. 480.- En la sesión de 8 de marzo, con la ejecutiva al completo, el presidente Largo Caballero planteó la posible respuesta que dar al presidente de la República en caso de que les consultase sobre un nuevo Gobierno, abierta una hipotética crisis tras los sucesos de Casas Viejas y la obstrucción en las Cortes. Todos sus miembros parecieron estar de acuerdo en que ese posible gabinete debiera proseguir la política izquierdista llevada hasta entonces, pero, mientras Wenceslao Carrillo deseaba que Azaña continuase como presidente del Gobierno, “por la rectitud de procedimientos seguidos hasta la fecha”, Juan Simeón Vidarte y Pascual Tomás preferían para la presidencia un hombre del partido. AH, 20-2, p. 41.

⁹ *Ibid.*, p. 484.

¹⁰ *Ibidem*.

Alguien debió de recordar al despistado ministro la sesión de la comisión ejecutiva del día 8 de marzo. Domingo ratificó la situación de los radical-socialistas”¹¹.

II. EL PSOE NO ABANDONA EL GOBIERNO

A la reunión de la comisión ejecutiva del PSOE (CE) de aquella mañana del 4 de abril de 1933¹², asisten el presidente Francisco Largo Caballero, y los miembros de la misma: Remigio Cabello (antecesor de Caballero en la presidencia y ahora vicepresidente), Enrique de Francisco (secretario-tesorero), Juan Simeón Vidarte (vicesecretario), Pascual Tomás (secretario de actas), y los vocales Wenceslao Carrillo, Anastasio de Gracia, Manuel Cordero, y Antonio Fabra Rivas –casi todos ellos de la llamada *izquierda* del partido, como su presidente–, además de los vocales llamados *centristas* Vidarte, Indalecio Prieto y Fernando de los Ríos.

El presidente plantea nuevamente el problema político que al partido le crea la obstrucción de los republicanos y la nota, publicada en la prensa, de oposición a la labor parlamentaria. Pero, como –añade con retintín– los compañeros Prieto y De los Ríos “parecen no recordar lo tratado en la reunión pasada”, conviene redactar una declaración en virtud de la cual se puntualicen os criterios del partido. La nota es aprobada por unanimidad:

“La Comisión Ejecutiva, después de examinar las circunstancias políticas creadas por la actitud de las minorías obstrucionistas, estima unánimemente que el actual es el momento menos adecuado para que la representación de nuestro partido abandone el Gobierno, debiendo por consiguiente mantenerse en él y ofrecer nuestra colaboración, si se abriera la crisis, a una solución izquierdista del mismo tono que la actual, negándola, en cambio, de modo absoluto a cualquiera otra solución que variase el rumbo político de la República. La Comisión Ejecutiva acuerda unánimemente expresar este criterio suyo ante el Grupo Parlamentario y ante el Comité Nacional, llegada la ocasión de expresarla ante ellos. A requerimiento de los demás compañeros presentes, declaran Largo Caballero, De los Ríos y Prieto que, como consecuencia de este acuerdo, no se negarían a aceptar los puestos que se les ofrecieran en el Gobierno si, planteada la crisis, se diera a ésta una solución ajustada al criterio de la Ejecutiva”.

En aquel momento político, las elecciones municipales del 23 de abril para casi 2.500 ayuntamientos elegidos automáticamente, dos años antes, por el famoso artículo 29, especialmente en Castilla y León, Aragón y Navarra, se vivieron por muchos como un plebiscito a favor o en contra del Gobierno republicano. Aunque nunca se publicaron los resultados oficiales, los partidos gubernamentales obtuvieron algo más del tercio del total de concejales –siendo el partido so-

¹¹ *Ibid.*, p. 485.

¹² AH, 20-2, p. 48.

cialista, entre ellos, el más votado (36'1%)—, pocos más de los conseguidos por las derechas no republicanas. Los partidos antiministeriales consiguieron, con sus 10.983 concejales, más del doble de los obtenidos por los ministeriales: 5.048. De los partidos republicanos conservadores, el radical fue el más favorecido (58'9%). El Gobierno hizo lo posible por no dar importancia al acontecimiento.

La obstrucción parlamentaria, tras la aprobación, el 17 de mayo, del dictamen del proyecto de ley sobre Confesiones y Congregaciones religiosas por 278 contra 50, remitió mucho y acabó por diluirse tras una serie de compendias y una especie de tregua ofrecida por el presidente del Consejo a los grupos de oposición, sobre todo al PRR, representado para esos menesteres por Diego Martínez Barrio, diputado por Sevilla capital y ex ministro de Comunicaciones en los dos Gobiernos provisionales del nuevo régimen¹³. Pero la posición del Gobierno no fue por eso mucho más estable. La mala situación del país, las intrigas de los radicales, más una serie de supuestos agravios de los que se sintió víctima el presidente de la República en su alta magistratura, y las tirantes relaciones personales de éste con Azaña fueron minando la mutua confianza necesaria y el cambio de Gobierno, con pretexto de la necesaria sustitución de uno de los ministros y la división de un ministerio, se hizo inaplazable.

En su diario de 26 de mayo escribe el presidente del Gobierno español tras una agria y tensa audiencia con don Niceto: “Salgo con una impresión muy desagradable. Está visto que no nos entendemos. El Presidente no puede aguantar al Gobierno, ni a mí personalmente. Quiere hacer una política de “derechas” y anda buscando la ocasión de derribarnos sin comprometerse demasiado. Esto se acaba, porque estando así el Presidente, rayano con el odio personal, aunque no nos dé un golpe político, difícilmente podremos marchar juntos. Cada día será un disgusto”¹⁴.

El segundo partido gubernamental en número de diputados, el republicano radical socialista (PRRS), que ya había sufrido una pequeña escisión, estaba profundamente dividido en cuanto a política gubernamental, participación en el Gobierno y salida de la crisis. Su IV congreso ordinario, del 3 al

¹³ Sobre la obstrucción, vista por los radicales, MARTÍNEZ BARRIO, D., *Memorias*, Ed. Planeta, Barcelona, 1983, pp. 174-181.

¹⁴ *Obras completas*, IV..., p. 552.- Según Martínez Barrio, ya en mayo el presidente de la República pensaba en un Gobierno-puente, de “pasarela”, de concentración republicana, sin la presencia de Manuel Azaña, que aprobase el presupuesto y convocara elecciones municipales; en febrero o marzo del año siguiente, sería la hora de Lerroux, que disolvería las Cortes. Para don Niceto, el presidente del Consejo, con un pasivo idéntico o superior al de los socialistas, carecía de “activo, es decir, de confianza cerca de la opinión y de fuerza orgánica dentro de los partidos”. Pero Barrio no veía un gabinete sin Azaña con las mismas Cortes. *Memorias*, pp. 186-188. Confirma este plan político el jefe del Estado en sus memorias, reescritas después de la guerra, las originales, depositadas en el Crédit Lyonnais de Madrid. ALCALÁ ZAMORA, N., *Memorias*, Ed. Planeta, Barcelona, 1998, p. 282.

8 de junio, todavía pudo evitar por un corto tiempo una crisis mayor: aprobó, tras largas tensiones, un comité ejecutivo nacional unitario y reafirmó la continuidad de las Constituyentes así como la conveniencia de la colaboración socialista¹⁵.

Ese mismo día 8, se abría crisis de Gobierno. La grave enfermedad del ministro de Hacienda, Jaime Carner, diputado independiente por Barcelona capital, dentro de Esquerra Republicana de Cataluña (ERC), y la excesiva acumulación de funciones en el ministerio que antes se llamó de Fomento y ahora de Agricultura movieron al presidente del Gobierno a plantear al presidente de la República la reestructuración del gabinete, cuya aceptación llevaría implícita la reafirmación de confianza. Pero Alcalá Zamora declaró que en tan delicada situación, había de consultar a los partidos políticos, lo que equivalía a una implícita negativa de aquélla. Y la dimisión del Gobierno fue inmediata.

De “atrocidad, no por esperada, menos grave”, calificó Azaña la actuación de don Niceto¹⁶.

El presidente de la República fue encomendando sucesivamente a los tres principales partidos gubernamentales la nueva tarea, por orden de importancia. Pero después convocó también al palacio de Oriente a personalidades de la vieja política, como Santiago Alba, Felipe Sánchez Román, Melquíades Álvarez o Ángel Ossorio y Gallardo, así como a intelectuales de la talla de Ortega o Marañón, todos ellos, eso sí, diputados a Cortes. El primer llamado a evacuar consultas fue Julián Besteiro, diputado socialista por Madrid capital, presidente de las Cortes Constituyentes y presidente del sindicato socialista UGT.

Por eso a la sesión extraordinaria de la CE del PSOE, en esa misma fecha¹⁷, asistió, invitado, el presidente de la Cámara. Éste fue del parecer que debía prolongarse la vida de las Constituyentes y formarse un Gobierno con mayoría parlamentaria, encargando de esta misión al grupo o federación de grupos más numeroso del Congreso de los diputados, y, en caso negativo, proseguir con los menos numerosos. Besteiro según el acta, “se permitió indicar que, de ofrecerse el Gobierno al partido socialista, debía requerirse al compañero Largo Caballero y encargarle de esta gestión. Relata después cómo en la noche del día 8 fue llamado a palacio donde se le confió la misión de formar Gobierno que él no aceptó, por creer que su opinión tantas veces expresada

¹⁵ Una obra muy útil para conocer la evolución de los principales partidos republicanos es la de AVILÉS FARRE, J., *La izquierda burguesa en la II República*, Madrid, 1985, que se basa sobre todo en los textos oficiales de esos partidos, así como en varios periódicos de Madrid. Sobre el partido republicano radical en este periodo, RUIZ MANJÓN, O., *El Partido Republicano Radical 1908-1936*, Ed. Tebas, Madrid, 1976, pp. 355-441.

¹⁶ AZAÑA, M., *Diarrios 1932-1933: Los cuadernos robados*, Ed. Crítica, Barcelona, 1997, p. 341.

¹⁷ AH, 20-2, pp. 61-62.

de que el partido socialista no debía participar en el Poder, se lo impedía. A pesar de esto, el Presidente le rogó aplazase su contestación definitiva hasta el día siguiente, y esto ha hecho, pero continúa con la misma disposición de ánimo que entonces”.

Largo Caballero cree que la llamada debe entenderse “como una apelación al Presidente de la Cámara, pero no como requerimiento al Partido no prejuzgando nada la respuesta de este compañero sobre la determinación que el Partido Socialista haya de tomar si se le ofrece el Poder llamando a otra persona en la que no concurren esas especiales circunstancias”.

A esta seca y malhumorada advertencia del presidente del partido, el primer encargado de formar Gobierno responde, realista, que en nada obliga al partido su decisión, pero no sin hacer patente que el jefe del Estado hizo constar que le llamaba no como presidente de las Cortes, sino como socialista. En este punto Azaña coincidía con Largo.

Indalecio Prieto, diputado por Vizcaya-capital, ministro de Obras Públicas, y ex ministro de Hacienda, que siempre ha disentido de Besteiro en este punto, le pregunta, una pizca malicioso, si es irrevocable su decisión. Al contestarle éste que sí, y que ni aun en el caso de indicárselo la comisión ejecutiva podría aceptar, pues “a su entender no se trata de caso de disciplina”, el político bilbaíno juzga que su compañero “debe recalcar que su contestación no prejuzga la del partido, para evitar con ello que pueda eliminarse a nuestro grupo sin consultarle”. Que es, como ministro, lo que en verdad teme.

El presidente de las Cortes, que ya ha expresado antes lacónicamente su pensamiento, entiende bien lo que ahora se le pide y promete que “comunicará al Presidente que el partido ha respetado su resolución como actitud personal, pero sin prejuzgar la resolución del propio partido, que ya estudiaría este problema, si se daba el encargo de formar Gobierno a otro camarada en quien no concurrieran estas circunstancias”. Dicho esto, abandona, discreto y seguramente mohín, la reunión¹⁸.

¹⁸ Azaña nos desvela cuál era la opinión del dirigente socialista en este punto. Según su diario de 30 de abril, el presidente del Consejo se encuentra con el de las Cortes en la embajada francesa: “Besteiro se inclina a una solución que consistiría en rehacer la coalición de los primeros meses de la República, pero dejando en el Gobierno un ministro socialista nada más”. Por cierto, a renglón seguido, el autor de este dietario añade que de todo el Gobierno los ministros socialistas “son los que están más descontentos de la conducta de Besteiro en la presidencia de las Cortes. No nos ayuda en nada”. Le reprocha en gran parte la lentitud del curso del Parlamento y el retraso en la aprobación de algunas leyes, así como su tolerancia ante los incidentes que suscitan las oposiciones, el no corregir a tiempo “los desmanes de los levantiscos, etcétera, etcétera”. En sus apuntes posteriores vuelve Azaña en varias ocasiones a quejarse de la falta de colaboración del presidente de la Cámara. A tenor del mismo diario, del 18 de mayo, en una de esas ocasiones, dice Largo hablando de su compañero: “Se cree un virrey”. En cuanto a la participación socialista en el Gobierno, el presidente del Gobierno deja en claro su propia posición, Su intención era llegar a las elecciones generales cuando las Cortes acabasen de hacer su tarea, y era muy

La CE, después de un breve cambio de impresiones, acuerda dar a la prensa la siguiente nota: “La Comisión Ejecutiva del Partido la oído las explicaciones del camarada Julián Besteiro respecto a la forma en que el Sr. Presidente de la República le ha confiado el encargo de formar Gobierno y su resolución de declinar este encargo, resolución que mantendrá aun cuando la Comisión Ejecutiva le aconsejara proceder en sentido contrario, por considerar que su criterio personal opuesto a la participación del Partido socialista en el Poder, y que expuso cuando ésta se decidió, le obligan a una conducta en consecuencia con dicho criterio. La Comisión, respetando la actitud personal de Besteiro, estima que ella no puede prejuzgar la del partido, la cual será definida si el mandato deformar Gobierno llegara a ofrecerse a algún afiliado en quien no concurren las circunstancias tan especiales como las que concurren y eran públicas en el mencionado camarada”.

Se reanudó poco después la sesión de la CE, con los mismos componentes, en una sala del Congreso de los diputados. Tras exponer Caballero su opinión sobre los motivos de la crisis, se acuerda que, de ofrecérseles de nuevo la cabecera del banco azul, no se acepte sin antes haber hablado con el presidente del Consejo y los demás ministros dimisionarios, y si cualquiera de ellos pusiera el menor inconveniente, declinar ese honor.

Dicho y hecho. El camarada Indalecio Prieto, que había sido llamado poco antes a palacio, regresa diciendo que se le ha encargado de formar “un Gobierno de amplia concentración republicano-socialista. Se acuerda lógicamente, siguiendo la decisión anterior, no entrar a examinar el fondo del problema sin antes visitar a Azaña y los demás ministros dimisionarios”. Suspendida la sesión hasta las cuatro de la tarde, el ministro de Obras Públicas en funciones, que vuelve contentísimo y elegantemente vestido, informa de la reunión tenida con el aún el presidente del Consejo y con el Gobierno dimisionario, “así como del ofrecimiento de colaboración que le han hecho los demás ministros. Cree poder conseguir la cooperación personal de Azaña”.

El primer jarro de agua fría sobre quien ya se las prometía felices viene de su colega en el gabinete, Fernando de los Ríos, para quien “un Gobierno con la Presidencia de un socialista no conviene en esos momentos ni a los intereses generales ni a los del Partido, ya que no podrá hacerse labor alguna socialista, pues la situación económica mundial es cada día más grave y que sus lógicas repercusiones en España habrán de ser atribuidas a la Presidencia de un socialista”¹⁹.

conveniente dar por terminada la obra del Gobierno “a su tiempo y en paz, para que los socialistas se retiraren del poder sin enojo ni despecho. Una etapa de gobierno republicano, sin socialistas, antes de las elecciones, sería muy útil”. Pero las oposiciones hacen todo lo necesario, a su entender, para que ninguna de las dos cosas se realice. *Obras completas*, IV..., pp. 500, 533 y 502, respectivamente.

¹⁹ Sobre Fernando de los Ríos en este período, ZAPATERO, V., *Fernando de los Ríos: Biografía intelectual*, Ediciones de la Diputación de Granada, Granada, 1999, p. 391 y ss.

Por el contrario, los demás colegas de la comisión ejecutiva se complacen, en diferentes grados, con el encargo presidencial a “don Inda”, como familiarmente le llaman. El vicesecretario Vidarte afirma que no es posible vacilar, pues de no aceptarse, teme que se confiera el honor al partido radical. Opina De Gracia que deben continuarse las gestiones para formar Gobierno procurando llegar a un acuerdo con las otras minorías gubernamentales sobre el programa que realizar. Lo mismo sostienen Cabello y De Francisco. Carrillo añade que el próximo Gobierno debe dar “preferente atención” a la reforma agraria. El presidente del partido estima que, “dada la gravedad del momento presente, no debe el Partido Socialista rehuir esta responsabilidad, pero la presencia de un socialista en la cabecera del banco azul obliga a una orientación más de izquierda en el nuevo Gobierno”. La ley del control obrero, que él no pudo desatarcarla en la Cámara, le parece al ministro de Trabajo y Acción Social una prueba de esa nueva orientación.

Prieto está conforme con la orientación dicha, pero cree que “no debe ponerse como condición que esta ley sea la primera que se ponga a discusión, aunque vaya incluida en el plan a realizar del nuevo Gobierno”. Tras nuevas aclaraciones de Largo y de Los Ríos, se acuerda por unanimidad “continuar las gestiones para formar Gobierno y exponer este criterio ante la Minoría parlamentaria”²⁰.

La minoría, mayoritariamente “caballerista” aprobó el mismo criterio por 61 votos contra 9. Y todos los partidos del arco gubernamental estuvieron acordes. Pero don Niceto pidió a su buen amigo personal que consiguiera la entrada de los radicales en el nuevo Gobierno, extremo que Prieto compartía en principio, y al que se opuso en redondo Largo Caballero, fiel a sus convicciones antes manifestadas. “Pero se ha atravesado Largo”, cuenta Azaña que dijo Prieto, quien quiso contar en su equipo a toda costa con el político alcaláino²¹. La minoría socialista, muy reducida

En *Fernando de los Ríos: Obras completas*, en cinco volúmenes, edición de Teresa Rodríguez de Lecea, Ed. Anthropos, Madrid, 1997, no aparece escrito alguno del político socialista durante el año 1933, y en el estudio preliminar, escrito por la editora, ni siquiera se menciona su actividad en estos meses decisivos.

²⁰ Desde el 4 de mayo de 1933 hasta octubre del mismo año componían la directiva del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), el presidente, Remigio Cabello, diputado por Valladolid; el vicepresidente, Enrique de Francisco, diputado por Guipúzcoa, ambos miembros de la CE; el secretario, José Ruiz del Toro, diputado por Murcia-provincia, y los vocales, Trifón Gómez y Andrés Saborit, ambos diputados por Madrid-capital, representando a la UGT. Desde octubre de 1933, Caballero ocupó la presidencia del GPS. Tuvo como vicepresidente a Juan Negrín, vocal de la misma directiva desde julio de 1931 a mayo de 1932, diputado en las Constituyentes por Las Palmas de Gran Canaria, y diputado por Madrid-capital tras las elecciones de 1933; y como secretario a Ramón Lamonedra, diputado por Granada a la vez que secretario cuarto de la Mesa de las Cortes en la legislatura 1933-1936.

²¹ *Diarrios 1932-1933...*, p. 350.-También el presidente Alcalá Zamora es de la misma opinión, al comentar que “ Besteiro y Prieto fueron obligados a renunciar por la actitud irreductible de Largo Caballero empeñado en ser el presidente”. *Memorias...*, pp. 277-

de presencias esta vez, rechazó la entrada del PRR en el Gobierno por 28 votos contra 13 y 4 abstenciones²².

El tercero llamado a palacio, en representación del PPRS, fue el ministro de Agricultura en funciones Marcelino Domingo, triunfador en el reciente congreso de su partido, quien, sin consultar siquiera a los radicales, renunció

278. Más adelante, explica por qué no le fue posible llamar al presidente del partido para formar Gobierno, pero, quizás por escribir mucho después del acontecimiento, confunde fechas y situaciones: la “alarma causada” por el discurso de Ginebra [que llegó más tarde, como veremos] lo hizo del todo imposible, “por razones imperiosas de tranquilidad social”. Así se lo explicó personalmente, aunque no logró calmarle. Y eso que Largo se consideraba, “y no sin razón, el ministro más íntimo amigo mío”, escribe don Niceto. “Sobre todo lo que le enfureció más –añade– fue el encargo a Prieto, que éste no agradecería y el primero no perdonaba”. La cosa es que, al igual que nos ha contado Azaña de sí mismo, al cesar los ministros del último Gobierno azañista en septiembre, fue Largo el único que no hizo al presidente de la República la visita acostumbrada de cortesía, y el único que se negó a dar posesión a su sucesor en la cartera, Ricardo Samper, republicano radical. En cambio, más fácil comprensión halló a la hora de formar el Gobierno en Fernando de los Ríos, “quien se hizo cargo de que por motivos de paz religiosa no le podía encargar a él”. *Ibidem*, pp. 294-295.

²² Juan Simeón Vidarte, nos relata vívidamente todo el proceso. Según él, don Niceto obligó a Prieto a “requerir” a los radicales a entrar en el nuevo Gobierno con 2 ó 3 representantes, lo que fue excesivo hasta para Prieto y sus deseos de ser el primer socialista que ocupara en la historia de España una presidencia de Gobierno. En la discusión del grupo parlamentario encaja Vidarte la afirmación de Largo Caballero de que “cada día consideraba más necesario apelar a las masas obreras y desenmascarar a los hombres de la República”, mientras Prieto declaró entonces que no consideraba *madura* a España para la revolución socialista: “Si ése es el camino, que quiere señalar la minoría, que no se cuente conmigo”. En cuanto a esa segunda votación, tras dar los números del resultado, añade el primer secretario de las Cortes: “y los 72 restantes [diputados socialistas] habían tomado la decisión heroica de abandonar el salón”. Lo que él atribuye a la división ideológica mostrada por sus dirigentes. Prieto convocó al día siguiente en un salón del edificio de las Cortes a todos los diputados de la mayoría gubernamental y a los medios de comunicación, y les contó lo sucedido, lo que irritó a los grupos que habían compartido el poder con el ministro todavía en funciones. Un grito anónimo salió de entre la masa: “¡Muera el Botas!” (mote popular de don Niceto Alcalá Zamora, por su calzado habitual). *Las Cortes Constituyentes*. . . , pp 587-597. - FLC, que en su libro de memorias llega a dar a don Niceto el calificativo de “el Judas de la República”, justifica el rechazo del encargo no a Prieto, sino a los “correligionarios de Lerroux”, por ser un descrédito para el partido socialista, “pues a más de que la historia de Lerroux siempre fue con justicia combatida por el Partido por su significado inmoral, en aquel momento estaba marcado con el sello deshonroso de haber defendido a Juan March, conocido como “el último contrabandista”. Tras la decisión del grupo parlamentario –sigue diciendo Largo–, “Prieto tuvo que declinar los poderes. Imagino que esto le debió llegar al alma, por no haber comprendido el verdadero significado y el sentido moral de mi oposición”. Añade que desde entonces no desaprovechó ninguna ocasión “para satisfacer su rencor”, y que sus amigos aprovecharon el incidente para culparle a él de haberle impedido formar Gobierno, llegando a afirmar que, de haberlo formado, “podía haberse evitado la guerra civil”. Y concluye: “El caso es que un incidente sin gran importancia –un caso de amor propio– ha servido de motivo para causar grandes males al Partido y a la Unión General de Trabajadores”. LARGO CABALLERO, F., *Mis recuerdos: cartas a un amigo*. Con prólogo y notas de Enrique de Francisco, Ediciones Unidas, Méjico, 1954, pp. 145-146.

al empeño²³. Y entonces, pese a la primera intención de Alcalá Zamora, que era prescindir de los servicios del presidente de Consejo en funciones y presidente a la vez de AR, al fin y a la postre fue éste el encargado de formar el nuevo Gobierno de amplia base. Pero Azaña tampoco pudo conseguir la entrada de los radicales. “Si los socialistas salen, los radicales estarán en la mayoría, aunque no tengan ministros”, le dijo Martínez Barrio, amenazándole veladamente, en caso de componer un gabinete parecido al anterior, hasta con el abandono de la Cámara. El formador del Gobierno no pasó por esa condición, imposible en ese momento de cumplir²⁴.

El día 12 del mismo mes de junio, asisten a la reunión de la CE todos sus miembros –con las ausencias justificadas de Tomás y De Francisco–, así como doce delegados regionales de Andalucía, Asturias, Baleares, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Galicia, Levante, Marruecos y Vizcaya, miembros todos ellos del comité nacional²⁵. Largo Caballero, expone la situación política, Hace historia de la obstrucción parlamentaria, cuya “verdadera finalidad” es la de “impedir la aprobación de la Ley de Congregaciones”, y, aunque la comisión ejecutiva y la minoría parlamentaria socialista han actuado de acuerdo, ha querido contar con la opinión con los miembros del comité nacional, todos los cuales, junto con la dirección del partido, aprueban por unanimidad “la actuación de la Comisión Ejecutiva en relación con la participación en el Poder”.

En ninguna de las preguntas de los delegados regionales, de poco fuste, ni en las respuestas de Caballero se hace alusión alguna a Casas Viejas, a las elecciones municipales de abril, a la precaria situación económica o a las revueltas y huelgas por toda España. La obstrucción no se debía sólo, como Azaña y Largo declaraban, a la ley de Congregaciones. Pero la minoría republicana radical, la más eficazmente obstrucciónista, no tuvo reparo alguno en aprobar dicha ley y en justificarla por medio de su portavoz en la sesión del 17 del pasado mes de mayo.

Tras las intervenciones de los delegados de Levante y Cataluña, se ausentaron los tres ministros socialistas dimisionarios, seguramente camino de palacio, y la sesión perdió todo interés. El objetivo estaba alcanzado.

III. EL ÚLTIMO GOBIERNO AZAÑA

El nuevo gabinete quedó formado aquel 12 de junio. Los tres ministros socialistas permanecieron en el poder: sólo que De los Ríos se hizo cargo de la cartera de Estado, sustituyendo al independiente Luis de Zulueta, diputado independiente por Badajoz, dentro de la conjunción republicano-socialista, y

²³ Domingo asevera que no quiso prescindir de Manuel Azaña, como presidente del Gobierno que se le encargó, y que él hubiera repetido tal cual, y por eso devolvió pronto los poderes. *La experiencia del poder...*, p. 304.

²⁴ *Diarios 1932-1933...*, p. 356.

²⁵ AH, 20-2, pp. 63-65.

siendo sustituido en Instrucción Pública por el catedrático madrileño radical-socialista Francisco José Barnés Salinas, hombre relevante en la Institución Libre de Enseñanza junto a su hermano Domingo, diputado por Ávila y vicepresidente de las Cortes. El puesto de Carner lo ocupó el catedrático de Hacienda en la universidad de Madrid, Agustín Viñuales, militante de AR, director general del Timbre en el anterior ministerio de Prieto, y en aquel momento delegado del Gobierno en el Banco de España, quien se negó hasta última hora a los repetidos ofrecimientos de Azaña. Para cumplir con la cuota catalanista, el líder de ERC, Luis Companys, diputado por Barcelona capital, se hacía responsable del ministerio de Marina, que abandonaba José Giral, diputado de AR por Cáceres, amigo personal de don Manuel, quien seguía manteniendo, además de la presidencia, la cartera de Guerra. Para el viejo republicano federal José Franchy y Roca, diputado por Las Palmas de Gran Canaria, era el nuevo ministerio de Industria y Comercio, separado por vez primera del de Agricultura, en manos antes y ahora de Marcelino Domingo, aferrado al mismo, a pesar del interés del presidente por trasladarle de allí, donde le veía incapaz, al ministerio de Instrucción, en el que se había estrenado como ministro²⁶. Franchy pidió, entre otras cosas, a Manuel Azaña que los socialistas no tuvieran la cartera de Trabajo, pero aquél no le hizo caso²⁷.

Nada mejor para conocer el momento político del nuevo Gobierno que la sesión parlamentaria del día 14 de junio, en la que el presidente Azaña presenta al nuevo Gobierno, explica someramente la génesis de la crisis, los cambios habidos en el ministerio y el perfil de los nuevos ministros²⁸. Confiesa que durante la crisis, el presidente de la República tuvo a bien contarle cada noche lo acontecido durante la jornada. Y nos desvela la fórmula con la que el jefe del Estado le encargó la misión de formar el nuevo gabinete: “Procure usted formar un nuevo Gobierno ampliando en lo que pueda la mayoría actual, y donde pueda usted, lo hace, y donde no, forme usted el Gobierno que sea posible”.

²⁶ Domingo, en cambio, hace de la continuación en el ministerio, en aquel mal momento, una cuestión de honor patriótico. *La experiencia del poder...*, p. 304.

²⁷ Faltaba en la lista gubernamental Álvaro de Albornoz, que nunca faltó en ningún gabinete desde el 14 de abril, ya como ministro de Fomento, ya como titular de Justicia. Albornoz, uno de los fundadores del partido republicano radical-socialista junto con Marcelino Domingo, abogado, escritor y exaltado orador, fue elegido el día 3 de julio por las Cortes presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, que se constituyó el 2 de septiembre siguiente.- A Vidarte le debemos la confidencia de que Largo Caballero ofreció ese cargo a su dilecto consejero, el periodista y escritor Luis Araquistain, ex comunista, diputado a Cortes Constituyentes por Vizcaya-capital, miembro de la comisión constitucional, subsecretario del ministro de Trabajo en 1931, embajador de España en Berlín en 1931-1932. Pero Araquistain declinó el ofrecimiento, por no ser jurista. *Las Cortes Constituyentes...*, p. 610.

²⁸ *Cortes Constituyentes*, vol. 9, núm. 353, 14 de junio de 1933, pp. 4-30. El discurso programático de Azaña, pp. 4-10.

Azaña no consiguió la participación del partido radical tras entrevistarse personalmente con Lerroux. Éste lo explica en un abundoso discurso, siempre barroco, polémico y a la vez cordial, y en una réplica posterior²⁹, interrumpido frecuentemente por varios diputados socialistas, entre ellos, Prieto. Desde el primer Gobierno constitucional Lerroux estaba en contra de la participación de los socialistas en los gabinetes republicanos. Una vez aprobada la Constitución, debían haber abandonado el Gobierno, fiscalizando al mismo; el resto de la obra postconstitucional era cosa de los partidos republicanos. El viejo jefe radical dedica mucha atención a la labor social de los socialistas y sobre todo a su aplicación en la España de su tiempo. Citando extensamente unas declaraciones del catedrático republicano y santón jurista, diputado independiente por Madrid-capital, Felipe Sánchez Román, pondera las extralimitaciones de los jurados mixtos, cuyas presidencias dirimentes en caso de desacuerdo entre las partes, solían recaer, según muchos, en militantes socialistas; reprueba la invasión de fincas, organizada por las “corporaciones obreras campesinas”, o critica las disposiciones agrarias que vulneran las leyes precedentes. Recuerda entonces la pasividad de los socialistas durante la Dic-tadura de Primo de Rivera, a la que no le organizaron huelgas, y la compara con su actividad subversiva actual, con la inseguridad pública y las indisciplina de las masas, en plena República. “Vuestros actos públicos –les reprocha en una ocasión– están constantemente matizados por amenazas de toda clase; vuestros artículos en el órgano de publicidad que representa la doctrina del partido hacen lo propio”. Y sobre todo se queja, como una víctima inocente e indefensa, de la injusta aversión socialista hacia él y su partido, hasta llegar al voto personal... Para llegar a la última conclusión: “Mientras estén los socialistas en el Poder, el Gobierno, aun contra su voluntad, no podrá rectificar sus orientaciones”.

Le contesta el ministro Indalecio Prieto³⁰, en un enfrentamiento oratoriamente duro, pero amable en el fondo, como ha sido el de “don Ale”, su antiguo colega. El tribuno socialista le reitera que no se trata de voto, sino de incompatibilidad política, la misma que muestran a todas horas los radicales con el partido socialista. Y se enredan posteriormente en la interpretación y el sentido de la obstrucción radical en el Congreso. En su réplica, Lerroux le echa en cara a su oponente que “no pueden dominar el movimiento indisciplinado de sus masas, no suficientemente controladas”. Prieto aprovecha la ocasión para contar el encargo del presidente de la República, a quien prometió no hacer declaración alguna sobre la declinación de poderes antes de hacerla ante su grupo parlamentario, y después pidió la venia al mismo presidente para una notificación pública de lo ocurrido, sin dar juicio alguno personal, como ya vimos antes. Reconoce su propósito de querer contar con el partido lerrouxista, a pesar de la previa oposición de su jefe de filas, y su fra-

²⁹*Ibidem*, pp. 12-19 y 25-27.

³⁰*Ibid.*, pp. 22-24 y 26-28.

caso posterior, porque, “hombre de partido, y a él sometido, el partido estimó que no debía requerirse la colaboración del partido radical”.

Varias voces se alzaron en esa misma sesión contra el partido socialista. Sobresalió la áspera intervención del líder de la recién fundada CEDA, José María Gil Robles, todavía formalmente dentro del inicial grupo parlamentario agrario, pero ya líder indiscutido de la reciente formación política CEDA³¹. Gil Robles llegó a acusar a Prieto de algo que creyó interpretar torcidamente en la lectura del diario gubernamental *El Sol*, ocasionando un gran alboroto, interpretación que se desvaneció tras la lectura posterior del original. Pero el tono de toda la oración parlamentaria fue de alta tensión. Algunas de sus palabras fueron poco menos que “proféticas”: “Intentad, si podéis, el predominio de la fuerza. Estáis fracasando en los caminos de la democracia, y nosotros esperamos muy tranquilos que fracaséis también en el de la violencia. Nosotros estamos seguros de que os hemos de vencer en vuestro propio terreno y con vuestras propias armas. Cerrad el camino a todos los partidos que pueden significar una evolución; pero como la evolución de la conciencia nacional está evolucionando, llegará un momento –lo digo con dolor– en que no solamente rebasará a los grupos moderados de la revolución, sino incluso a los mismos grupos de la derecha que no tuvieron parte en ella”. Acusó asimismo a los socialistas de ser “ejecutores de la Dictadura parlamentaria”, “la peor de las Dictaduras”, por ser anónima, diluida en una masa, “a la cual es muy difícil exigir una responsabilidad, fuera de la que se exige en el orden de la conciencia”.

Tampoco el portavoz del grupo inicial al servicio de la República, o lo que quedaba de él, Vicente Iriarzo, futuro ministro, se anduvo en chiquitas³². Ellos propusieron en la consulta presidencial un Gobierno de concentración republicana. Interrumpido por parlamentarios socialistas, les espeta sus propias contradicciones de estar gobernando la República y de vituperar a la vez a la República: ‘Nosotros estamos oyendo constantemente (...) que los socialistas dicen: ‘Esta República no es la nuestra’; ‘esta República no es la que nosotros ambicionamos’. ‘El partido socialista –decía el otro día una destacada personalidad del mismo– está por encima de la República’”.

El debate político continuó los días 15, 16 y 20 de junio, con intervenciones de todos los grupos y de varios diputados a título personal. Merece destacar la intervención de Francisco Largo Caballero³³, sentado de nuevo en el banco azul, al contestar a Sánchez Román, que habló profusamente de muchos temas pero sobre todo de aspectos jurídicos de la legislación social y su aplicación, uno de sus temas fuertes como jurista de prestigio. El presentado como nuevo ministro de Trabajo y Previsión Social defendió la obra social durante el Gobierno anterior y la interpretación imparcial de la legislación

³¹ *Ibid.*, pp. 19-22.

³² *Ibid.*, pp. 30-33.

³³ *Ibid.*, núm. 355, 16 de junio de 1933, pp. 14-18 y 24-25.

hecha desde su ministerio. Tuvo tiempo también para resumir la doctrina oficial socialista, en términos moderados, sobre la división del trabajo, la existencia de las clases en la sociedad capitalista, la lucha entre las mismas, el papel del Estado en esa lucha, la acción directa, el papel de las huelgas, el de los jurados mixtos... En una réplica posterior aseguró al jurista madrileño que los presidentes de dichos jurados mixtos, nombrados por su ministerio, de tendencia socialista, no pasaban de un 10%. Tampoco se mordió la lengua sobre su actuación personal: "Yo no he renunciado ni he abjurado de las teorías que me han hecho socialista; lo que hago es adaptarme a las necesidades de la República. Habrá acaso, y sin acaso, contradicción entre lo que pienso y lo que hago, pero con relación a esta contradicción quienes podrán dirigirme imputaciones y acusaciones son éstos", mientras señala los bancos del grupo socialista, donde se levantan muchos aplausos.

Cerró el debate el candidato a la presidencia del Consejo, Manuel Azaña. La votación, en la que se abstuvieron los republicanos radicales, arrojó 188 votos contra 6. Los que votaron en contra fueron un federal y cinco agrarios, entre los que no estaba Gil Robles. No votó ningún vasco-navarro.

IV. EL CRUDO VERANO DE 1933

Aquel verano de 1933, el peor año, en términos económicos, de la historia de la Segunda República³⁴, la crisis económica y social llegaba a su punto más alto. La producción industrial y agrícola descendía, aumentaba el paro y se multiplicaba la conflictividad en la vida pública. El número de horas de trabajo perdidas por huelgas –sobre todo en el campo, en la construcción y en la minería– se había triplicado en comparación con el año anterior.

La reforma agraria avanzaba muy lentamente en las regiones latifundistas del Centro y del Sur, pero esa misma reforma, y dentro de ella el proyecto de ley de arrendamientos, así como varias leyes del ministerio socialista de Trabajo –ley de términos municipales, jurados mixtos...– separaban a la mayoría gubernamental, mayormente a los socialistas, de los pequeños partidos republicanos burgueses, que tenían sus afiliados y simpatizantes en la pequeña burguesía urbana y rural, sobre todo en ese Sur y en ese Centro³⁵.

³⁴ Una síntesis de la situación general durante ese año, en la obra antes mencionada de Avilés Farré, pp. 186 y ss, y en la de TUÑÓN DE LARA, M., *La II República*, I, Madrid, 1976, especialmente pp. 138 y ss.

³⁵ En el *Cuaderno de la Pobleta* (1937) Azaña sostiene que a mediados de 1933 la tendencia "caballerista", dominante en el PSOE, ya les era "hostil". Largo fue el único ministro que no fue a su casa a despedirle cuando dejó el Gobierno. Recuerda también que en los pueblos "socialistas y republicanos andaban a la greda por cuestiones locales, ya políticas, ya de orden social. Los republicanos se quejaban de las Casas del Pueblo. Los socialistas se quejaban de los republicanos". De ahí temía él que llegara la fractura gubernamental. Y vuelve a explanar, como ya lo hizo en los diarios de 1933, sus planes de largo alcance para terminar en paz con el PSOE, a fin de que acabara siendo "un partido colaboracionista y de turno en la República". Pese a ser aprobadas por las Cortes la ley

No es menester añadir que muchas y variadas asociaciones de propietarios españoles, agrícolas, industriales y comerciales, más activas que nunca durante estos meses, eran contrarias a ciertas reformas sociales de los Gobiernos de Azaña, que pretendían eliminar, a la vez que deseaban la salida de los socialistas del poder.

La Confederación Española Patronal Agrícola (CEPA), en su manifiesto fundacional de marzo de 1933, declaraba al socialismo su “enemigo: Él y sus aliados. Él y sus colaboradores, bajo disfraz político de nombres compuestos: ¡Agricultores! ¡Guerra a quien nos trajo la guerra!”³⁶, mientras exigía la derogación de la ley de términos municipales, la libertad de contratación de la mano de obra y la modificación de la ley de jurados mixtos, a fin de evitar su intromisión en papeles propios de los poderes legislativos y judiciales.

Desde la aprobación por las Cortes Constituyentes, en 1931, de la ley de jurados mixtos, que sustituían a los comités paritarios corporativos de la Dictadura, bajo la estrecha dependencia del Gobierno, la oposición patronal fue beligerante y continua, aunque no mayor, y siempre mucho más pacífica, que la que teorizó y practicó la mayoritaria organización anarcosindicalista, Confederación Nacional del Trabajo (CNT), partidaria de la acción directa y de la huelga laboral o política como método habitual de lucha, que siempre se pasó la ley por el forro. Argumentos principales de tamaña oposición era la falta de imparcialidad del ministerio de Trabajo, en manos socialistas, a la hora de nombrar los presidentes –con voto dirimiente– y vicepresidentes de los jurados, eligiendo entre dos ternas, si no había unanimidad entre representantes de patronos y obreros, así como las muchas facultades que se atribuían los jurados en varios ámbitos no estrictamente laborales.

A mediados de 1933 tras varias interpelaciones en la Cámara al ministro de Trabajo sobre la parcialidad y la extralimitación de los jurados mixtos, una de ellas a cargo de Sánchez Román, tuvo lugar, el día 19 de julio, en Madrid

del tribunal de garantías y del orden público, esos planes se vinieron abajo, por la *atrocidad de la obstrucción*, de la que culpa a Lerroux, pero también, en lo que toca a proyectos sociales como la ley de arrendamientos rústicos y del patrimonio municipal o comunal, al radical socialista Ramón Feced, notario, diputado por Teruel, y al socialista y sindicalista agrario, diputado por Jaén, Lucio Martínez Gil, que obstruyó en la comisión parlamentaria “más que todas las oposiciones juntas”. Suprimiendo, como el año anterior, las vacaciones de julio y agosto, el presidente del Consejo quería alargar la vida del Congreso en orden a que el Gobierno, “con lealtad a las leyes de las Constituyentes”, pudiera “ahuyentar de las imaginaciones soliviantadas el coco de la “revolución marxista” y de la “dictadura del proletariado”. *Obras completas*, IV..., pp. 643-646. Sobre la hostilidad entre socialistas y radical-socialistas trata igualmente Alcalá Zamora en sus *Memorias...*, p. 295.

³⁶ CABRERA, M., *La Patronal ante la II República: Organizaciones y estrategia* (1931-1936), Ed. Siglo XXI, Madrid, 1983, p 157. Sobre la cuestión agraria y la patronal durante toda la República, pp. 152-195.

la Magna Asamblea Nacional de casi un millar de asociaciones patronales de toda España, que calificaron en su manifiesto final a los jurados como “instrumentos de lucha sindical, despiadada y cruel en lugar de órganos de colaboración entre los elementos esenciales de la producción”, y decidieron constituir, por fin, tras variados intentos anteriores, un “órgano de enlace” entre las entidades convocantes para recoger y publicar toda la información posible sobre los jurados, pedir su reforma y tomar las medidas oportunas en caso contrario. Algunas organizaciones más extremosas, en una solicitud dirigida a las Cortes, pidieron la derogación de la ley de jurados mixtos, instrumento de partido, según ellas, para imponer o ensayar una nueva organización económica de la producción y el comercio, con influjo socialista, que en breve podía “degenerar en organización sindical”. Reclamaban, además, pues la participación de los socialistas en el Gobierno había levantado un clamor unánime en todo el pueblo español que no había votado socialismo en junio de 1931, que su presencia no imprimiera “orientación de escuela” a la República³⁷.

En algunas de las asambleas de estas organizaciones, agrarias, industriales o comerciales, tomaron parte activa políticos de la minoría agraria, como su presidente José Martínez de Velasco o uno de sus portavoces, José María Gil Robles; radicales, como Rafael Salazar Alonso; conservadores (PPC), como Miguel Maura, o independientes, como Alfonso García Valdecasas, que había abandonado un año antes el grupo parlamentario Al servicio de la República (ASR). Todos ellos hacían responsable, de una forma u otra, a la legislación social del ministerio de Trabajo y, en general, a los Gobiernos de Azaña, de la crisis y depresión económica de España, pensamiento general, con pocas excepciones, de las organizaciones patronales españolas.

Por si todo eso no bastara, Hitler se hacía con la cancillería alemana, el 30 de enero de 1933, y los trágicos acontecimientos posteriores causaron conmoción en toda Europa, también en España, donde aparecieron o se reafirmaron los primeros grupos simpatizantes con el fascismo, sobre todo con el de Mussolini. Manuel Delgado Barreto, director del diario *La Nación*, órgano oficial de la Dictadura de Primo de Rivera, logró editar, el 16 de marzo de ese año, el primer número del semanario *El Fascio*, redactado por escritores como Ernesto Jiménez Caballero, Ramiro Ledesma Ramos (director en 1931 del semanario fascista *La conquista del Estado*), Rafael Sánchez Mazas, José Antonio Primo de Rivera o Juan Aparicio. La edición entera fue recogida y el Gobierno prohibió la publicación ulterior del periódico. Entre los días 19 y 22 de julio fueron detenidos centenares de presuntos fascistas en toda España; casi un centenar de ellos estuvieron arrestados durante una o dos semanas, pero al fin la policía se convenció de que no existía alguno de subver-

³⁷ *Ibidem*, pp. 217-218. Sobre las organizaciones patronales de la industria y el comercio durante toda la República, pp. 196-250.

sión fascista³⁸. Los frentes antifascistas, promovidos en todas partes por la Internacional Comunista –que denominaba hasta entonces “social-fascistas” a los socialistas de la II Internacional–, comenzaron a organizarse también en España, propiciados por el pequeño partido comunista (PCE) y por algunos sectores del PSOE, todavía en el Gobierno³⁹.

Son ya un lugar común, dentro de la historia de la “radicalización” del sector “caballerista”, el discurso de su líder en el mitín de las Juventudes Socialistas, celebrado en el cine Pardiñas de Madrid, el 23 de julio, continuado y repetido en la Escuela Socialista de Verano, campamento de Torrelodones, organizada por la Juventud Socialista Madrileña, la más izquierdista de todas, presidida por Enrique Puente, y el giro izquierdista de las Juventudes Socialistas de España, presididas entonces por el “besteirista” José Castro Taboada (1929-1934), por influencia del equipo de la revista *Renovación*, dirigida por Santiago Carrillo.

Pero apenas si algún autor repara en el discurso del ministro Largo Caballero, un mes antes, en el foro internacional de Ginebra⁴⁰. Habló el ministro de Trabajo y Previsión Social del Gobierno de España a los postres de la comida organizada por los delegados hispano-americanos a la Conferencia Internacional del Trabajo, en el hotel Des Berges, en la ciudad suiza. Era el tercer año que se dirigía, en tal ocasión, a tan prestigiosa audiencia, deseosa de conocer de primera mano noticias sobre la situación social de España.

El ministro español elige esta vez como tema central la conferencia económica de Londres, que por aquellos días se está celebrando, y de la que no se hace muchas ilusiones. Lo que le da pie para traer a la memoria de su oyentes las cuatro soluciones que el año anterior les propuso: la unión aduanera de Europa; una política de salarios altos y disminución de jornada, reduciéndola a cuarenta horas semanales o menos; la creación de un sistema monetario

³⁸ Sobre los débiles inicios de la Falange española y de otros grupúsculos más o menos fascistas durante 1933, PAYNE, S. G., *Historia del fascismo español*, Ediciones Ruedo Ibérico, París, 1974, pp. 26-46.

³⁹ Escribe Gabriel Mario de Coca, redactor de *El Socialista* durante la República, que la Casa del Pueblo de Madrid creó por entonces un grupo deportivo “para emplearlo como fuerza de choque y los locales obreros adoptaron precauciones contra un posible ataque estableciéndose guardias por jóvenes socialistas”. DE COCA G. M., *Anticaballero: crítica marxista de la bolchevización del partido socialista (1930-1936)*, Ediciones Engels, Madrid, 1936, p. 88. El autor, “besteirista” donde los hubiera, atribuye buena parte de los males de la política socialista y del propio partido, dirigido por Caballero y sus secuaces, al pecado original de la colaboración en un Gobierno burgués, a su descarado reformismo oportunista y a su olvido de los genuinos principios marxistas.

⁴⁰ 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, pp. 1730-1739. Las citas, en pp. 1730-1732. Un resumen, en *El Socialista*, 24 de junio de 1933.

internacional, y una organización internacional de la emigración, a la vez que un control, del mismo rango, de los monopolios y de los empréstitos.

Otro de los temas, tocados rápidamente, de la conferencia son los “movimientos ultranacionalistas” en Europa, que según Largo Caballero, no existen en España. Pero la primera mitad de su intervención la dedica sobre todo a defender la obra de los socialistas dentro de la República española frente a sus muchos enemigos; lo que resume, dentro del ejercicio parlamentario de este año, en dos leyes capitales para el porvenir de la misma: la de la reforma agraria y la de confesiones y congregaciones religiosas.

Con la segunda de estas leyes, recalca el conferenciente, “no se persigue a la Iglesia, como se dice por ahí falsamente. Por primera vez va a haber en España verdadera libertad religiosa, sin distinción de confesiones. (...) Con esta ley se trata de limitar el enorme poder económico y espiritual que la Iglesia católica había alcanzado en España, como en otro tiempo en algunos países de América, y especialmente en México, cuya evolución en muchos aspectos, y señaladamente en este eclesiástico y en el ya mencionado de la reforma agraria, tanto nos ha enseñado a los españoles”. Es cierto que el presidente de la comisión constitucional, el socialista Luis Jiménez Asúa, había reconocido en las Cortes, dos años antes, la influencia de la Constitución mejicana en la española. Pero lo decían y escribían por entonces a cada paso los católicos españoles como uno de los baldones de la carta magna de 1931.

La explicación del trato dado a la Iglesia en España por el ministro español revela nítidamente la concepción que tiene del Estado republicano, y por eso me extiendo a exponerla aquí: “Un Estado que sea consciente de su misión histórica, como lo es el nuevo Estado republicano de España, no puede consentir que en el seno de la sociedad exista otro Estado tan fuerte o más que él. Por definición el Estado es un poder absoluto, está sobre todos los poderes sociales. Esa es la característica de un Estado vital, de un Estado que está a la altura de su destino. Eso quiere ser y eso será el Estado republicano español”.

Siendo como es ese “poder absoluto”, el Estado republicano “controlará toda la enseñanza, para que el alma de las nuevas generaciones no se deformada por doctrinas contrarias al Estado republicano y a los principios de nuestra Constitución republicana”. Y junto a su concepto de Estado, he aquí su concepto de la libertad que nos evoca directamente la célebre pregunta de Lenin al colega de Largo en el gabinete, el socialista granadino Fernando de los Ríos, enviado a Moscú, a finales de 1920: “La libertad absoluta de enseñanza, como cualquier forma de libertad absoluta, es incompatible con todo Estado creador. ¿Libertad para qué?, se pregunta todo auténtico hombre de Estado. ¿Libertad para socavar los cimientos del Estado y demolerlo en la primera ocasión propicia? Sería una ingenuidad que los verdaderos republicanos y socialistas no estamos disgustos a cometer”.

Ya reconoce el tribuno marxista que este concepto y ejercicio del Estado “no puede agradar a los poderes históricos vencidos: a los residuos monárquicos; a la aristocracia feudal y latifundista; a la oligarquía eclesiástica; al

militarismo; al caciquismo local. Tampoco agrada a los anarcosindicalistas, enemigos de todo Estado y de toda ley, mentes infantilmente utópicas, que no acaban de comprender el carácter evolutivo de las sociedades humanas". Todos ellos se han estrellado, en enero y en agosto pasados, y se estrellarán cuantas veces lo intenten, no sólo por la fuerza intrínseca del mismo Estado, que es invencible, sino por el apoyo casi unánime de la nación y por las reservas incontrastables que representan el Partido Socialista y la Unión General de Trabajadores.

Y aquí el exconsejero de Estado de la Dictadura y el ministro reformista del primer bienio republicano duda de si hicieron bien en "transigir con una ideología liberal y democrática que pertenece a otros partidos republicanos, pero que no es esencialmente la nuestra, la del Partido Socialista", anteponiendo a todo una Constitución liberal y no "legislando por decreto, sin trabas parlamentarias, durante cuatro o seis años, radicalmente y con rapidez, creando un Estado de hecho revolucionario"⁴¹.

Olvidándose en Ginebra de que es ministro de un Gobierno constitucional y, ahora y después, de que sus diputados a Cortes no pasaron de 115 en el mejor momento, repetirá esta misma duda, o remordimiento tal vez, en sus discursos electorales por el centro y sur de España, y hasta lo considerará uno de los grandes errores de la "República burguesa=dictadura burguesa", que los socialistas, tanto como cualquiera, colaboraron a implantar.

En el cine Pardiñas –propiedad del madrileño Tomás Álvarez Angulo, diputado socialista por Jaén–, 23 de julio de 1933, al que se accede "por rigurosa invitación", e invitado por las Juventudes Socialistas de Madrid, comienza Largo, todavía ministro de Trabajo y Previsión Social, trazando su propia biografía sindical y política para hacer luego un repaso sobre la participación socialista en los Gobiernos de la República, desde los tiempos del comité revolucionario⁴². Tras afirmar que ellos tienen el mismo derecho que los demás a gobernar el país, entra en el meollo del discurso, que va a ser el

⁴¹ La conquista del poder y el Estado socialista no eran cosas sólo de Largo Caballero y de sus seguidores más cercanos, que eran muchos, ni sólo algo que se les ocurriera a comienzos o mediados de 1933. Recuérdese el tercer punto de la ponencia sobre "Problemas tácticos", en el citado XIII Congreso del PSOE, del año anterior a la que arriba me he referido, que habla explícitamente de "una acción netamente anticapitalista, independiente de todo compromiso con las fuerzas burguesas" y de "la conquista plena del poder para la realización del Socialismo". *El Socialista*, 13 de octubre de 1933.

⁴² *Obras completas*, V..., pp. 1752-1792; *El Socialista*, 25 de julio de 1933, llena casi las tres primeras páginas con la transcripción taquigráfica del discurso. "Hemos contribuido –dice el epígrafe a cinco columnas– a la transformación para hacer un Código que nos permita llegar a nuestras aspiraciones sin violencia". El editorial, que se titula "Ponderación y firmeza", resalta la claridad del discurso en el instante en que el partido que Largo preside "sufre la embestida más brutal, más torpe y más bellaca de que guardan memoria los viejos socialistas". En la sustanciosa pieza oratoria "no sobra nada pero nada falta".

de todos sus discursos posteriores: “la conquista del poder”. Colaboraron seriamente los socialistas españoles para hacer una “Constitución flexible”, susceptible de que un partido revolucionario como el suyo, “que quiere hacer una transformación de la sociedad en absoluto, socializando los medios de producción, lo pueda hacer con arreglo a sus preceptos y sus leyes, y que les permita poder cumplir sus aspiraciones, sin violencias grandes, sin grandes derramamientos de sangre”. Pero, si, por ser socialistas, no pueden gobernar, si no les permiten conquistar el poder con arreglo a la Constitución y con arreglo a las leyes, se encrespa el orador, “tendremos que conquistarlo de otra manera”⁴³.

Una formidable ovación y continuas vivas al tribuno se repiten entusiásticas. Más adelante habla de la situación europea. En ningún país, en cuyos Gobiernos participaron los socialistas, surgió el fascismo ni la dictadura. Pero en Italia y Alemania sí pueden implantarse, pero sólo “porque el régimen capitalista está en el período e mayores dificultades y juega sus últimas cartas, y se defenderá con la dictadura burguesa para someter violentamente a toda la clase obrera descontenta y echar la responsabilidad de todos los males al marxismo...”. Ante eso, el PSOE y la UGT “tienen la obligación, el deber,

⁴³ Suelen los autores especialistas en este período coincidir en que el fin del “posibilismo socialista” y el giro hacia la ideología y la práctica bolchevique dentro de buena parte del PSOE y de la UGT a partir de 1933 se deben sobre todo al sentimiento de frustración tras los años de colaboración gubernamental y el fracaso de algunas reformas sociales promovidas por los gobiernos de Azaña; a la amenaza por parte de la derecha económica y política de anular tales reformas, junto al miedo ante el fascismo ya gobernante en Alemania e Italia y creciente en todas partes, y a la incapacidad del socialismo español para pensar en términos de estrategia su propio reformismo, lo que les llevó a una huída hacia adelante. Así BIZCARRONDO, M., que conoce bien este mundo, en su *Historia de la UGT: Entre la democracia y la revolución*, III, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2007, especialmente pp. 81-100. Ya desde febrero de 1933, las publicaciones ugetistas se interesaron por la marcha del fascismo –así se llamaba habitualmente al nazismo– en Alemania, producido en el caldo de cultivo de la exacerbada protesta nacionalista y del afán de venganza contra los países responsables del Tratado de Versalles, a quienes atribuían todos los males del país, incluida la crisis económica y el paro alarmante. La Unión General de Trabajadores comenzó a organizar desde entonces la solidaridad con los perseguidos sindicatos alemanes por medio de colectas entre sus afiliados y simpatizantes así como de actos de propaganda. Niceto Alcalá Zamora, en su asendereado libro de memorias, si bien reconoce la decisiva influencia que tuvo el triunfo del nazismo alemán sobre el socialismo europeo, atribuye también el giro político de Caballero en particular, a una grave enfermedad, con insomnios constantes: “fue Largo otro hombre muy distinto del que había sido”. Y recuerda aquella su “mirada de ira y fiereza, inmediatamente reprimida. Lo cierto es –continúa– que pasó al inadecuado y funesto papel de Lenin español el hombre que había sentido antes reciprocidad intensa de odios respecto del comunismo, el que en el cárcel se exaltaba más que nadie contra toda idea de promiscuidad que se opusiera en la familia a las seguras y apartadas relaciones de hogar, y sostenía resueltamente que no había entendido a Marx quien negase la propiedad de lo ganado por el trabajo y el derecho de transmitirlo a los hijos”. *Memorias...*, p. 294.

aunque les cueste algo caro, de impedir una dictadura burguesa, de oponerse al desarrollo fascista de la República". Y dice algo más: "No es que queramos nosotros implantar la dictadura nuestra caprichosamente, sino que, si hay quien tiene el mal pensamiento de implantar en España una dictadura burguesa o el fascismo, nosotros preferimos la dictadura socialista". Enorme ovación. Lo repite, un rato más tarde: "Que conste bien: el Partido Socialista va a la conquista del Poder, y va a la conquista, como digo, legalmente si puede ser. Nosotros deseamos que pueda ser legalmente, con arreglo a la Constitución, y, si no, como podamos. Y, cuando eso ocurra, se gobernará como las circunstancias y las condiciones del país lo permitan" (Muy bien). "Lo que yo confieso es que, si se gana la batalla en unas elecciones, no podemos entregar el Poder al enemigo"⁴⁴.

Explica después detallada y muy elogiosamente toda la legislación social del primer bienio republicano, para aconsejar finalmente a los jóvenes y a todos "unión, disciplina, voluntad". Tras una "ovación delirante", el presidente de Juventudes Socialistas de Madrid, Enrique Puente, dice unas palabras de agradecimiento, y se cierra el mitin con el canto de la *Internacional* y el himno de la Juventud.

En la Escuela Socialista de verano, en Torrelodones, hablaron ante dos centenares de jóvenes durante los meses de julio y de agosto más de una veintena de dirigentes del partido, mayormente diputados, sobre los muy diversos temas de su especialidad. Los días 5 y 6, respectivamente, les tocó el turno a Besteiro⁴⁵ y Prieto. A Julián Besteiro ya le había dicho unos de los asistentes que, los días anteriores, se había hablado en el campamento mucho de democracia y de dictadura, sobre todo de dictadura⁴⁶. El todavía presidente de las Cortes Constituyentes hace un breve recorrido por la historia del socialismo –socialismo filantrópico, anarquista, científico....–, critica el nacionalismo socialista durante la primera guerra mundial, carga la mano contra

⁴⁴ Cuenta Vidarte que, mientras se discutía en las Cortes la ley electoral, aprobada el 27 de julio, y que iba a modificar mínimamente el decreto del 8 de mayo de 1931, en una reunión informal de varios miembros de la CE en una secretaría de las Cortes (probablemente en la suya), a petición de Fernando de los Ríos, planteó Largo ir a las próximas elecciones "en un bloque formado por todos los partidos proletarios". Los tres ministros presentes y los otros dirigentes, de los que no se nos da noticia quedaron en forjar un criterio común junto con el comité nacional y pedir opinión a las agrupaciones. Allí ya hablaron de ir solos a las elecciones próximas. *Las Cortes Constituyentes...*, pp. 618-620.

⁴⁵ BESTEIRO, J., *Obras completas*, III, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 73-98. Sobre Julián Besteiro en este tiempo, LAMO DE ESPINOSA, E.- CONTRERAS, M., *Política y filosofía en Julián Besteiro*, Ed. Sistema, Madrid, 1990, pp. 89-96.

⁴⁶ Sobre la invitación de la Juventud Socialista de Madrid a Besteiro, a través de Santiago Carrillo, y la correspondencia con éste, ver en la Fundación Pablo Iglesias el Archivo de Julián Besteiro: AJB 234-66.

el socialismo de Estado y la dictadura leninista⁴⁷, contra todas las dictaduras europeas contra-revolucionarias, así como contra el nacional-socialismo alemán, hasta llegar a la situación española. Tras citar a Otto Bauer, el hombre de “espíritu más revolucionario” del tiempo, en favor de la democracia, “que nos ofrece condiciones permanentes y una actividad verdaderamente fecunda”, arremete contra toda dictadura: incluida la dictadura de los economistas anglosajones: “¿Es que habrá posibilidad de salir de esta locura dictatorial, que invade el mundo? Porque ahora todo el mundo quiere ser dictador y por eso precisamente debemos preveniros (...) ¿Es que nos vamos a dejar atrapar de la peste del momento? ¡O es que somos hombres que tenemos una concepción de nuestra vida, de nuestro método, de nuestro sistema, que nos hace inmunes a los contagios de esos caprichos?”. Para el catedrático de lógica de la universidad central, ex presidente del partido y actual presidente de la UGT, el valor revolucionario del PSOE es ser fieles a los principios en medio de esta ola de enloquecimiento burgués o de proletarios que todavía tienen pegado el cascarón en la mitad de su cuerpo o en la mitad de su espíritu y no se ha podido desprender de él.

Conocedor de Marx como es, y de irrenunciable profesión marxista, tiene interés en subrayar al final de su alocución que “ser revolucionario” para el fundador del marxismo no es tarea fácil y que para ello hay que trabajar mucho, sufrir mucho, estudiar mucho, meditar mucho: muchas veces “se es más revolucionario resistiendo una de estas locuras colectivas que, dejándose arrastrar por ellas, dejándose llevar por la corriente de las masas para cosechar triunfos próximos y aplausos seguros, a riesgo de que después sean las masas las que cosechen los desengaños y los sufrimientos”.

La acogida del público juvenil fue, como era de temer, muy fría ante este inesperado rapapolvos del socialista más conocido en España, y *El Socialista*,

⁴⁷ En el homenaje rendido, el 2 de julio de 1933, al líder minero y ex diputado a Cortes por Oviedo, Manuel Llaneza Zapico, en Mieres, donde murió en enero de 1931, Besteiro, entonces presidente de las Cortes Constituyentes y presidente de UGT, expuso abierta y ampliamente sus anteriores discrepancias con otros compañeros de su partido –no participación en el poder, Senado o Cámara de intereses...– y también sus señas de identidad marxista democrática, no reformista ni oportunista. Hablando de la proclividad de algunos en aquel tiempo hacia posiciones bolchevistas y soviéticas, saltando por encima de las condiciones de una República democrática, se preguntaba con ciertas puntas de ironía: “Y yo digo: ¡Bueno! Que nos hemos todos bolcheviques. Pero ¿para eso hemos estado tanto tiempo luchando con el partido comunista español? ¿Y para eso murieron algunos de nuestros compañeros luchando con los comunistas? ¿Y para eso un compañero nuestro fue asesinado en la Casa del Pueblo? ¿Para acabar siendo bolcheviques nosotros? Ah, no, no”. Opuesto a la dictadura soviética militarista leninista, dictadura en el sentido clásico de la palabra”, aclaraba qué quería decir Marx cuando hablaba de dictadura: “Quería decir el Gobierno de una clase obtenido por procedimientos democráticos. De modo que Marx, si en las elecciones vencía a los partidos burgueses, sólo goberaría en nombre de una clase, ejerciendo una dictadura sobre la clase sometida: la del proletariado”.

dirigido desde primeros de marzo por el periodista vasco Julián Zugazagoitia, diputado entonces por Badajoz, ni siquiera dio noticia de su intervención⁴⁸.

Prieto, en una intervención con puntas literarias⁴⁹, presume largamente de la obra de los socialistas en la República, que nos les ha decepcionado, porque tampoco pusieron en ella “ilusiones pueriles”; y los que creyeron que con la República se ha habido abatido para siempre a las fuerzas de la derecha “estaban equivocadísimos”; adormecidas, anonadadas, acobardadas, van recobrando su brío, y son fuerzas potentes, “con toda la energía de una tradición secular, que no se abatieron por el simple hecho de trocar el régimen monárquico en régimen republicano”.

Pondera el papel insustituible del PSOE en la consolidación del régimen, pero, aunque un día pudieran recoger en medio de la calle el poder político, sería una desgracia: “y las desgracias no se aceptan voluntariamente, se admiten como cosa fatal, ineludible, muchas veces vinculadas a estrictos deberes de la ciudadanía” En este momento se oyen las primeras aclamaciones: “Muy bien. Muy bien”. Y ¿por qué dice esto? Porque “habría forzosamente que gobernar en burgués”. Y, aunque su reino sí es de este mundo, dice parafraseando la cita evangélica, “nuestro reino, por lo que respecta a España no es de este instante”. Niega la analogía entre las circunstancias de la Rusia revolucionaria y las de España de 1933, y da por seguro que ante una acometida de las naciones de régimen burgués, idéntica a la que padeció Rusia, una España plenamente socialista “perecería asfixiada”⁵⁰.

⁴⁸ “La alternativa que Besteiro representaba era en esencia una abstracción ideal, que sólo puede apreciarse retrospectivamente, no un programa de acción”, escribe críticamente el historiador de este periodo, Edward Malefakis en el prólogo a la edición, preparada por él, de PRIETO, I., *Discursos Fundamentales*, Madrid, 1975, pp 9-10. Según G. Mario de Coca, los jóvenes de la Escuela de Verano contestaron a la ponderada exposición de Besteiro “con muestras ostensibles de desagrado, expresando adecuadamente su incompatibilidad”. *Anticaballero...*, p. 101.

⁴⁹ *Discursos fundamentales...*, pp. 160-180; también *El Liberal*, de Bilbao, 9 de agosto de 1933. El comentario del mismo autor en PRIETO, I., *Convulsiones en España: Pequeños detalles de grandes sucesos*, III, Ediciones Oasis, México, 1969, pp. 160-163.

⁵⁰ El 11 de febrero –fecha de la proclamación de la I República– de 1933, se creó en Madrid la Asociación de Amigos de la Unión Soviética, que ya existía en países como Estados Unidos de América, Inglaterra, Alemania o Japón. En un breve manifiesto consideran sus fundadores que la creación de la *República obrera rusa* (sic) es el *acontecimiento económico y social más formidable del mundo moderno*, y declaran que no tienen otro programa ni otra bandera que decir y ayudar a conocer la verdad sobre la URSS, combatiendo con las armas de la verdad la mentira, la calumnia y la deformación. Entre sus firmantes, encontramos intelectuales y escritores, como Valle-Inclán, Baroja, Benavente, Concha Espina, Marañón, Manuel Machado, María Martínez Sierra, García Lorca, Sender...; científicos, como Pio del Rio Hortega, Juan Negrín, Teófilo Hernando, Marcelino Pascua, Gordón Ordás...; economistas, como Agustín Viñuales; juristas, como Sánchez Román, Wenceslao Roces, Clara Campoamor, Victoria Kent, Jiménez de Asúa, Augusto Barcia, Rafael Salazar Alonso, Diego Hidalgo, Eduardo Barriobero, José Antonio Balbontín...; artistas, como Ricardo Baroja, Regino. Sainz de la Maza, Nicanor Piñole, Luis Bagaría,

Concede de buen grado el ministro socialista vasco que la juventud está mucho más preparada y era mucho más libre y crítica que la de antes. Él no quiere apagar las llamas de ningún ideal, pero sí quiere pedirles a sus jóvenes oyentes, sentados al aire libre, un poco de atención para los consejos de algunos de sus mayores: “Pero, si oís voces menos ardorosas, sin apóstrofes tribunicios para conducir a las gentes a la pelea; si hombres de edad más avanzada que la vuestra suben a la tribuna a pediros cordura, para llamaros la atención sobre el exceso de vuestro ímpetu, no será mucho exigiros un gesto de simpatía y de respeto para quienes, caminando delante de vosotros, os abrieron holgadamente el camino por donde ahora marcháis (Muy bien)”.

Tras la constitución política de nuestro país, hay que “constituir económicamente a España”. Y el ministro de Obras Públicas pone atención sobre todo en la transformación del campo por medio de las obras hidráulicas “asegurando el pan de todo el año a míseras legiones de campesinos que comen a temporadas”.

Apela finalmente a una “maravillosa unión” del partido socialista, sobre todo cuando haya de apartarse del poder; a una unión integral de palabra y corazón que les dé fuerza para ejecutar los propios designios: “¿Sabéis cuál es el nuestro, el fundamental ahora? El de mantener nuestra unión para aplicar su fuerza, cuando el caso llegue, como mejor convenga al partido socialista, y con él al proletariado de España y del mundo entero (Grandes aplausos)”⁵¹.

Victorio Macho...; periodistas, como Luis Bello, Julián Zugazagoitia, Roberto Castroviido, Ezequiel Endériz, Luis de Tapia... Políticos muy conocidos están en estas filas de amigos de la URSS; socialistas como Negrín, Jiménez de Asúa, Marcelino Pascua, Zugazagoitia, Rodolfo Llopis, Amaro del Rosal; republicanos radicales, como Campoamor, Hidalgo, Salazar Alonso; radical-socialistas, como Gordón y Kent; azañistas (AR), como Barcia y Viñuales; federales, como Barriobero y Rodrigo Soriano; comunistas, como Balbontín. De todos ellos, merece destacarse el asturiano Wenceslao Roces, que estudió en Madrid y también en Alemania, becado por la Junta de Ampliación de Estudios; catedrático de instituciones pública en la universidad de Salamanca, fue expulsado de su cátedra por la Dictadura; miembro del PCE; cofundador de la editorial Cenit, para la cual tradujo buena parte de las más importantes obras de autores marxistas, desde Marx a Rosa Luxemburgo, en la *Biblioteca Carlos Marx*. - La oficina de la Asociación fue asaltada el día 14 de julio de ese año por tres pistoleros jonsistas (Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (JONS), de carácter fascista, formadas en 1931 por el grupo de Ramiro Ledesma Ramos, fundador de la revista *La conquista del Estado*, y por las Juntas Castellanas de Actuación Hispánica, de Onésimo Redondo. Los asaltantes maniataron al directorio de turno, W. Roces, y al empleado de la oficina, les destrozaron el teléfono y se incautaron de las fichas de los centros y de los “amigos” en toda España, llevándose las llaves y dejándolos encerrados. *ABC*, 15 de julio de 1933.- El día 27 de ese mismo mes, firmó el Gobierno español el reconocimiento oficial del régimen soviético, acogido por parte de la prensa derechista española con alarmada inquietud.

⁵¹ Edward Malefakis, editor y prologuista del libro citado, alude a la convicción de Prieto, expresada en este discurso, de que una victoria del socialismo en España no valdría la pena ni para la República ni para el partido por los costes específicos que supondría y las consecuencias que engendraría. Y commenta: “Esta ambigüedad en el pensamiento de

El mismo Prieto recuerda, muchos años después, que el auditorio juvenil le oyó “con notoria displicencia”. Tampoco el órgano del partido recogió el discurso en sus páginas. Pero, como hemos visto, la displicencia no parece haber sido tanta. Claro que Prieto, excelente orador parlamentario y de masas, estaba acostumbrado a triunfales acogidas populares.

V. DENTRO Y FUERA DEL GOBIERNO

Los jóvenes socialistas llamaron entonces al presidente del partido para que les llenara el vacío. En la conferencia sobre “Posibilismo socialista en la democracia”, el siguiente día 12, apenas comienza a hablar, Largo se muestra convencido de que “realizar obra socialista dentro de una democracia burguesa es imposible”; se oye entonces gritar “Muy bien”. Lo cierto, dice poco más tarde, es que él, que tenía fama de hombre “conservador y reformista”, cuando lo que era en realidad era “intervencionista” en el sistema capitalista, tras pasar por el Gobierno, saldrá “mucho más rojo” que entró, ”¡pero mucho más!”. Después, citando a Marx en el *Programa de Gotha*, juzga inevitable “la dictadura del proletariado en España”, dado el carácter del capitalismo en nuestro país, aunque sin tener que imitar a Rusia, cuya revolución justifica, “ya que las circunstancias nos van conduciendo a una situación muy parecida a los que los rusos se encontraron”, contradiciendo directamente así a lo sostenido por Prieto. Y repite, fundamentalmente, con similares palabras, aunque menos enfática y retóricamente, los conceptos vertidos en el cine Pardiñas. Los jóvenes socialistas le aplaudieron a rabiar, entusiasmados⁵².

Semanas más tarde, el presidente FLC da unas respuestas breves pero contundentes a las preguntas muy intencionadas de Santiago Carrillo, hijo de Wenceslao, secretario de actas de la comisión ejecutiva de las Juventudes Socialistas desde el congreso de febrero de 1932, y director del semanario *Re-*

Prieto debilitó su posición e hizo mucho más fácil para el PSOE el adoptar, en contra de sus deseos, la decisión crítica de abandonar la alianza electoral con los republicanos de izquierdas, lo que a su vez contribuyó a acrecentar las desastrosas dimensiones de la derrota sufrida por toda la izquierda en las elecciones de noviembre de 1933⁵³. Prólogo a PRIETO, I., *Discursos fundamentales*, Ed. Turner, Madrid, 1975, p 23. De Coca dice que a Prieto, “que tuvo mejor fortuna”, al terminar el discurso, algunos de sus oyentes le dirigieron frases intencionadas. Uno le echó en cara el no haber anulado el leonino contrato con la Compañía Telefónica norteamericana, por miedo a una guerra con los Estados Unidos, cuando desde el Ateneo de Madrid, en tiempos de Berenguer, él mismo había denunciado duramente el “inconcebible acto de rapiña” llevado a cabo por el dictador Primo de River. *Anticaballero...*, p. 101.

⁵² *Obras completas...* pp. 1794-1848. Esta vez sí aparece en *El Socialista* del día 13, p. 4, en cuatro columnas centrales, un extracto de la conferencia de Caballero. Dicen títulos y subtítulos: “El presidente del Partido diserta ante los jóvenes becarios de los problemas de nuestro movimiento. Saldré del Gobierno más socialista que cuando entré. Confianza en la capacidad de los trabajadores. Necesidad de trabajar por la victoria de nuestra causa. Preparación para merecerla”.

novación, que las recoge en su número 110, del 23 de septiembre, y las transcribe a su vez *El Socialista* del 24. En ellas el líder marxista revolucionario responde que los compromisos con los partidos republicanos “se han liquidado” y que para el futuro “habrá que pensar mucho antes de convenir ninguno”. Afirma luego que el partido socialista no se diferencia del comunista “doctrinalmente en nada, y que les separa más que otra cosa el deseo de un partido nuevo (...) de suplantar en la lucha a otro partido –el nuestro–, que ha conseguido encarnar las aspiraciones de la clase obrera”. Respondiendo a la cuestión candente entonces en una facción del PSOE, especialmente en sus Juventudes, asegura que “el capitalismo acudirá a la violencia máxima para mantener sus posiciones, y el Socialismo tendrá que llegar también a la violencia máxima para desplazarle”. Para anunciar seguidamente: “Estamos a las puertas de una acción de tal naturaleza, que conduzca al proletariado a la revolución social”. Y comenta Carrillo, que ha convertido en subtítulos clamorosos las resonantes declaraciones del presidente: “La palabra de Largo es energica y serena”⁵³.

El pensamiento revolucionario de muchos jóvenes socialistas venía ya de atrás. Entre las resoluciones del IV Congreso nacional de las Juventudes

⁵³ El equipo redactor de *Renovación*, dirigido por el periodista Santiago Carrillo, redactor de *El Socialista* desde 1930 estaba compuesto por Carlos Hernández Zancajo, José Cazorla, José Laín, Federico Melchor, Serrano Poncela..., todos jóvenes valores, que después de unos meses iban a hacerse con la dirección de Juventudes y la mayoría de los cuales pasarán dentro de pocos años al partido comunista. Carrillo, en su libro de memorias, da un precioso testimonio del cambio ideológico-político operado durante esos meses en la juventud socialista y en buena parte del partido y hasta de la sociedad española, y nos indica sus fuentes de inspiración: “Entre los jóvenes socialistas –escribe– se han producido cambios. El equipo de izquierda constituido en torno a Renovación se ha convertido de hecho en el dirigente de la organización juvenil; la mayoría de derecha de la Comisión Ejecutiva elegida en 1932, se ha dispersado. La tirada y venta del semanario ha ido creciendo y en el año 1934 llegaría por encima de los 40.000 ejemplares, lo que para aquel momento es un éxito. En la práctica no sólo dirigimos la Juventud Socialista, ejercemos una indudable influencia en el interior del PSOE. Cada vez más aparecemos identificados con Largo Caballero, que pronto comenzará a hablar de revolución, de la conquista del poder y de la dictadura del proletariado. El ejemplo de la Unión Soviética es una fuente de inspiración, incluso antes de que tengamos ninguna relación con el Partido Comunista de España”. Insiste en la influencia que la ideología, “que tiene su espíritu en la URSS”, va ejerciendo no sólo en el socialismo español, sino en todos los movimientos juveniles de la época. Sobre el temor al fascismo, que aglutinaba en esa época a la izquierda y la mantenía a todas horas alerta, escribe Carrillo: “La experiencia que vivíamos en Europa era que la democracia, traicionada por los políticos burgueses, era impotente frente a al avance del fascismo. Y se trataba de una batalla a vida o muerte. Donde ganaba el fascismo, se condenaba a la horca o al hacha a los militantes obreros, eran aplastadas sus organizaciones. No se trataba de simples cambios de gobierno, sino del ser o no ser, de la vida o la muerte, de la libertad o la tiranía. Los jóvenes socialistas llegaron a perder la confianza en la democracia burguesa: muchos de nuestros mayores, con Largo Caballero a la cabeza, también la habían perdido”. CARRILLO, S., *Memorias*, Ed. Planeta, Barcelona, 1994, pp. 80-81.

Socialistas, febrero de 1932⁵⁴, hay dos de ellas que merecen una reposada atención. La primera se titula “Milicias Socialistas”⁵⁵, y como dicen sus anónimos autores, al disponer de poco tiempo para hacer un dictamen extenso, se limitaron a exponer unas cuantas razones y cinco breves normas prácticas para llevar a cabo lo planteado. Comienzan diciendo que “España necesita consolidar de manera definitiva la República instaurada”. De los elementos extremistas, tanto de la derecha como de la izquierda, parten golpes traicioneros contra ella y de las dos fracciones, pero con dinero de la misma procedencia, se organizan toda clase de ataques: “La defensa de la República no puede estar a merced de gente pagada, que un día defiende un criterio y al día siguiente el más opuesto al anterior”. “Las Milicias Socialistas –se dice en la parte expositiva–, más que el órgano para hacer la revolución, sin que esto lo desdeñemos, han de consistir en el pueblo armado para sostener el régimen socialista. Si por un acontecimiento imprevisto el Poder viniera a manos del Partido Socialista, no podemos correr el riesgo de encargar su custodia a la guardia civil o a otra fuerza mercenaria. Serán los jóvenes socialistas los encargados de esta misión, para lo cual deben tener sus Milicias preparadas”.

Muy relacionada con la anterior estaba la resolución sobre “las Juventudes ante la evolución del Socialismo”⁵⁶. Los anónimos militantes juveniles designados para informar sobre la ponencia del mismo título preparada por la comisión ejecutiva la consideran “vaga e imprecisa” y someten un nuevo texto a la aprobación del Congreso. Considerando que el “proceso de descomposición capitalista toca a su fin”; que se recrudecen los ataques de los enemigos del bando conservador y del bando extremista, y que la revolución llevada a cabo en España puso al descubierto “el antagonismo de clases existente y la pugna entre la democracia burguesa” y lo que ellos entienden por “democracia obrera, en su más amplio y elevado sentido antiburgués y marxista”, formula las siguientes proposiciones:

1º. Se adhieren incondicionalmente al PSOE, del que las Juventudes Socialistas se consideran “leales aliados y colaboradores”, y cuya actitud frente a la monarquía y a favor de la República ven con simpatía.

2º. Entienden que la consolidación del régimen republicano está íntimamente relacionado con la parte social del programa legislativo de las actuales Cortes: reforma agraria, control obrero, paro forzoso...

3º. Piensan que, una vez disueltas las Cortes, el partido no debe aceptar la colaboración directa o indirecta “con ningún partido ni Gobierno burgués, por democrático que se llame, asumiendo únicamente el Poder, si el Partido dispusiese de aquellos medios precisos que garanticen la realización de un programa afín con nuestros principios”.

⁵⁴ Federación de Juventudes Socialistas. *Resoluciones del IV Congreso Nacional*, Ed. Gráfica Socialista, Madrid, febrero 1932.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 22-25.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 28-31.

4^a. Supuesto ese poder socialista, y en caso de resistencia por parte de la “democracia burguesa” que imposibilite llevar a cabo su programa del partido, “se vaya directamente a la conquista del Poder por la acción revolucionaria de masas”.

5^a. Para establecer gobiernos socialistas sólidos se hace imprescindible que el partido, las juventudes y los sindicatos afines “formen y adiestren organismos propios que puedan convertirse en cualquier momento en instituciones adaptables al sistema de gobierno y reemplazar con ventaja a otros organismos políticos creados por el régimen burgués y que no tienen posible utilización en las normas de un Gobierno socialista”.

6^a. El sostenimiento de un Gobierno socialista ha de basarse “en una inteligente y disciplinada agrupación de fuerzas exclusivamente obreras, tanto nacional como internacionalmente”, para lo cual se hace imprescindible una más activa intervención del partido cerca de la Internacional Obrera y Socialista, “para que acelere el ritmo de los acontecimientos que hagan factible el triunfo internacional y definitivo del Socialismo”⁵⁷.

Sin embargo, en lo que atañe a las relaciones con comunistas y sindicalistas, todavía las reservas son muy grandes. Una circular sobre este delicado punto, publicada en 1932, sin que se indique la fecha, mandaba no aceptar los requerimientos para cualquier controversia pública ni organizar “actos con otros elementos, conforme determinan nuestros propios estatutos”⁵⁸.

Aunque no sea éste el lugar para demorarnos en la ideología de la fuerza política opuesta al socialismo en la España de entonces, una sucinta consideración sobre el epicentro del bloque antimarxista, que tendrá su expresión más vibrante en las candidaturas conjuntas para las elecciones de fin de año, nos ayudará a sopesar mejor lo que acabamos de leer y lo que iremos leyendo en las próximas páginas, aun antes de llegar a la campaña propiamente electoral.

⁵⁷ Cuál fue el cumplimiento de estas dos resoluciones dentro del partido socialista nos lo dice implicitamente la proposición de la Juventud Socialista de Madrid, la más activa y fronteriza, presentada al siguiente congreso de 1934: “No dudamos que es la ponencia de “Milicias Socialistas” la que más dificultades encontró y ha de encontrar para ser llevada a la práctica; pero esperamos que la Ejecutiva no desmayará ni un solo momento hasta que plasme en una realidad esta ponencia. (...) Lo que sí quiere esta Juventud es que se ratifique en el acuerdo del anterior” Y en cuanto a la ponencia “Evolución del Socialismo”, relacionada con la anterior, la misma proposición considera que, “al creer que por los medios evolutivos no hemos de conseguir este objetivo [la conquista del poder político], procedamos a la formación de los organismos adecuados para abatir al capitalismo y que, a la vez, sean instrumentos de defensa del régimen que preconizamos”. *Federación de Juventudes Socialistas. Memoria del V Congreso*. Ed. Gráfica Socialista, Madrid, 1934, pp. 107-108.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 67-68. En Antequera llegaron a expulsar a un compañero que, trabajando en la imprenta, había publicado en el periódico socialista local *La Razón* un llamamiento “de tipo comunista”, *Ibid.*, pp. 68-69.

Ya desde el 29 de abril de 1931, la asociación, luego partido, Acción Nacional, y después Acción Popular (marzo de 1932), fundado por el joven abogado y periodista Ángel Herrera, fundador y director del diario *El Debate* desde 1911, fue decisivo dentro del catolicismo político español por su cohesión, su extensión y su fuerza ideológica. Mucho más después de la creación de la CEDA (Confederación Española de Derechas Autónomas), en marzo de 1933. No había nada igual en toda España, ni en volumen ni en organización, que pudiera oponerse al frente socialista-marxista (PSOE-UGT) como este conjunto católico-conservador-antimarxista. Tenía un líder joven, capaz e indiscutible, José María Gil-Robles, que sucedió al abogado y periodista Ángel Herrera el 19 de octubre de 1931, y un diario prestigioso en Madrid, *El Debate*, dirigido por Herrera hasta febrero de 1933, formidable centro de unidad de pensamiento y de acción de los católicos españoles que se enfrentaban al nuevo régimen laicista con voluntad de revisión constitucional pero por medios legales, en torno a los lemas sagrados de religión, patria, orden, familia, trabajo y propiedad. *El Debate*; el *ABC*, diario monárquico conservador por excelencia, y, en mucho menor medida, *El Siglo Futuro*, clásico órgano integrista, y supremo carlista desde comienzos de 1932, eran los tres voceros más importantes de la derecha católica española, en tres tonos distintos, es cierto, pero con algunos signos, lemas y sobre todo principios teológico-políticos harto similares.

Tomando pie en el último discurso pronunciado por el director de *El Debate* en el teatro de la Zarzuela de Madrid, el 5 de febrero de 1933 –tres días antes de que dejara la dirección del diario para presidir la Junta Central de Acción Católica– y en otros muchos escritos del mismo diario, el profesor Antonio Elorza habla de la visión “donosiana”, maniquea y deformadora, que tiene este inspirador e impulsor de la derecha católica acerca de los conflictos políticos y morales, que caracteriza la coyuntura histórica española como “enfrentamiento teológico de las fuerzas del Bien y del Mal ante el que no cabía neutralidad alguna”⁵⁹.

Ya antes de las elecciones de abril de 1931, pero sobre todo tras los incendios de iglesias y conventos, este carácter contra-revolucionario, esta visión del combate entre dos civilizaciones, la cristiana y la comunista-socialista se va extendiendo en muchas publicaciones católicas españolas, pero tiene especial relevancia en las páginas de uno de los mejores diarios de España, órgano oficial del partido. Tal vez el año 1933, tras la formación del mismo, y en época previa a los comicios, este espíritu combativo está más presente que nunca, y se multiplican las ocasiones y lugares de su entrenamiento. Tras el triunfo electoral hay una cierta pausa, porque es la hora de la reflexión y

⁵⁹ *La utopía anarquista bajo la Segunda República española...*, p. 258. Muy importante, y ya clásica, a pesar de su unilateralismo, es la obra de MONTERO, J. R., *La CEDA: El catolicismo social y político de la II República*, 2 vol., Ediciones de la Revista del Trabajo, Madrid, 1977; para nuestro caso, especialmente las pp. 111-127 y 289-309.

de la aplicación de los principios y lemas anteriores. Un cierto reposo tras las duras luchas del bienio.

En editoriales, artículos de colaboración, sueltos de todo tipo, manifiestos electorales, manifiestos de protesta, hojas y carteles de propaganda, especialmente en las semanas de pre-campaña y campaña electorales de finales de ese año, el socialismo aparece, sin muchas distinciones, como el enemigo más poderoso, por ser el más organizado. Como “el enemigo común”. Las declaraciones constantes en pro de la justicia social de periódicos y de políticos católicos palidecerán ante su constante oposición a cualquier tipo de socialización, en las Constituyentes; luego, contra la débil reforma agraria, y siempre contra los errores y los “delirios” socialistas.

Parte activa de la tipología general aplicable a los revolucionarios –seres inferiores, pasionales, orgullosos y envidiosos, carentes de valentía y honor–, los socialistas españoles, el partido socialista español, o el socialismo –como a veces se escribe, elevando el término a categoría permanente y universal– aparecen una y otra vez como ineptos e incapaces para toda obra de gobierno; desmesurados en relación a cualquier capacidad administrativa a la hora de emprender reformas graves; limitados en horizontes espirituales; dotados de escaso bagaje ideológico; despreciadores de valores y virtudes individuales; violentos en cuanto encerrados en su lucha de clases; aborrecedores de jerarquías y riquezas; carentes de todo sentido nacional... En definitiva, los socialistas españoles no sirven para gobernar el país. Son una “secta” en el sentido más limitado y estrecho de la palabra. Todo su programa se reduce a destruir.

Este elemental acervo ideológico-político, asignado al enemigo congénito, está demasiado presente, muchas veces difuminado y difuso, en miles de páginas que he podido leer en toda clase de revistas eclesiásticas, populares o no, periódicos de provincias, sermonarios, libros y folletos de apologética, hojas volanderas, panfletos de propaganda... Y no es tampoco difícil encontrar, por ese tiempo, en los discursos de los oradores mitineros de la derecha católica expresiones ofensivas y groseras –de las que están llenas igualmente los diarios laicistas y, no digamos, la abundante literatura anticlerical y antieclesial, tan aburrida como demagógica–, contra los socialistas españoles: “pigmeos antiespañoles”; “reyezuelos”, “dictadores”, “abominables”...

Frente al marxismo y el republicanismo de izquierda los periódicos y líderes políticos católicos, un tanto fascinados al principio, como veremos, por los triunfos totalitarios en Italia y Alemania, ponderarán ciertos valores del régimen fascista aplicables al “Estado Nuevo”, que comienzan a diseñar: el nacionalismo patriótico, su carácter antimarxista y antidemocrático, su capacidad organizadora, su exigencia de la disciplina, su ímpetu juvenil, el arte de su propaganda... Aunque sin querer copiar el modelo totalitario y pagano de los modelos *estatistas* alemán o italiano, defenderán el Estado autoritario-corporativo de base social, similar al “Estado Nuovo” portugués de Oliveira

Salazar, opuesto al sistema liberal y a sus instituciones fundamentales, como los partidos políticos y el parlamento democrático⁶⁰.

Pero no todos los enemigos venían de fuera. La división intergubernamental y no sólo intra-partidista –caso del PRRS– se hizo evidente en las elecciones del 2 de septiembre para el Tribunal de Garantías Constitucionales, compuesto por 25 miembros, 21 de ellos electivos, 15 de los cuales se elegían en una elección de segundo grado por los concejales de las Regiones. Los antigubernamentales, con 33.029 votos, obtuvieron 10 vocales: 4 radicales, 3 cedistas, 1 tradicionalista, 1 nacionalista vasco y el famoso contrabandista mallorquín, ex diputado liberal-albista a Cortes y magnate capitalista Juan March, encarcelado en Alcalá de Henares⁶¹. La mayoría gubernamental, dividida o mal unida, consiguió 17.869 votos, y 5 vocales, con buenos resultados sólo en Cataluña, Galicia, Extremadura, Asturias y Murcia, y un representante por cada partido: PSOE, ERC, PRSS, AR y PRG. El Gobierno, ya sin capacidad coordinadora, ni controló ni se cuidó siquiera de las elecciones.

El presidente del Consejo declaró el día 6 ante las Cortes que no se podía atribuir significado político a las elecciones llevadas a cabo en los municipios que llamó en una ocasión “burgos podridos” y en las celebradas para un tribunal que no era un órgano de gobierno. Reconoció, sin embargo, que era una “advertencia seria” y que, si los republicanos, divididos como estaban, rompían la “coalición electoral”, base del propio Gobierno, los principios de su política se hundían. Ganó la votación de confianza en la Cámara, pero el presidente de la República, que iba más lejos, le retiró de hecho la suya y le obligó moralmente a dimitir⁶².

⁶⁰ *La utopía anarquista...*, pp. 266-273.

⁶¹ En estas elecciones, el partido radical, el más votado de los partidos de la oposición, dejó libertad a cada región para que pactara “con los afines aquellas alianzas circunstanciales que se estimen convenientes”. *El Partido Republicano Radical (1908-1936)*..., p. 375.

⁶² También en sus apuntes de 1937 escribe Manuel Azaña: “Las discordias, la hostilidad entre republicanos y socialistas por esas provincias y esos pueblos dio su primer fruto político en la elección, a fines de agosto, de los vocales para el Tribunal de Garantías. Otros frutos peores había de dar. Los partidos de la coalición no supieron ni quisieron llegar a un acuerdo o una disciplina común para estas elecciones. En cada región electoral y dentro de cada región, en cada Ayuntamiento, el partido o la facción dominante hizo lo que le dio la gana. El Gobierno había acordado estar neutral en la elección, no darle carácter político, no prestarse a que fuera una votación de confianza en el Gobierno o de censura. Resultaron elegidos algunos republicanos y socialistas, pero los más eran de la derecha, incluso monárquicos y hombres de la Dictadura. (...). Los ánimos, ya encrespados, se enfurecieron. Vinieron los reproches, las imputaciones de falta de lealtad, etcétera. Los republicanos se quejaban de que sus candidatos habían sido atropellados por los socialistas; éstos de que los republicanos no habían votado con disciplina. Por primera vez el oleaje alcanzó al Ministerio. En el Consejo, Largo, recogiendo los agravios de los socialistas, me dijo solemnemente que la coalición electoral republicano-socialista estaba rota: “Entonces —repuse—

Volvieron a pasar por el palacio republicano los representantes de los partidos políticos y todo el cortejo de notables que a don Niceto tanto le gustaba y le colmaba sus ilusiones de gobernante regio, culto y benéfico: Unamuno, Marañón, Sánchez Román o Álvarez (Melquíades). Alejandro Lerroux, el líder republicano radical, aconsejó al jefe del Estado la formación de un Gobierno exclusivamente republicano para la disolución de las Cortes, mientras los representantes de los partidos gubernamentales eran favorables, por entonces, a uno de concentración republicano-socialista. Don Niceto optó por la *concentración republicana* sin más, pero no por la disolución de la Cámara, que recelaba encomendar a un político entonces tan avinagrado como Lerroux.

Después de muchas idas y venidas, que dejaron de manifiesto las divisiones políticas y personales de los políticos republicanos, aun dentro de cada partido, el viejo zorro radical presentó, el día 12 de septiembre, un nuevo ministerio con 6 ministros radicales, 2 radical-socialistas, 1 de AR, 1 de ERC, 1 republicano gallego (PRG), 1 independiente, y 1 de la minúscula Izquierda Radical-Socialista, la primera escisión del PRRS. Ministerio que fue muy mal visto por los sectores izquierdistas y gubernamentales de los partidos republicanos⁶³. Por vez primera las juventudes socialistas y comunistas se manifestaron juntas en las calles de Madrid contra el nuevo Gobierno.

se habrá roto todo". *Obras Completas*, IV..., p. 645.- Marcelino Domingo nos da algunos detalles esenciales de esa doble decisión. Cuando el presidente del Consejo, en nombre del mismo, le pidió la confianza, tras recibir la de la Cámara, el presidente de la República les mostró el deseo, con sus circunloquios habituales, de que antes de hacer ningún cambio, se aprobaran las disposiciones sobre la sustitución de la enseñanza religiosa y la ley de arrendamientos rústicos, todavía en la comisión parlamentaria. Cuando Azaña insistió, don Niceto les preguntó a todos y a cada uno de los ministros: a) si creían que "el Gobierno y la mayoría estaban quebrantados"; b) si la permanencia del actual Gobierno posibilitaba o dificultaba "la constitución de la concentración republicana", y c) si el mismo Gobierno era "el más indicado para afrontar las elecciones municipales". Preguntas que traslucían la evidente intención del jefe del Estado. Los ministros le pidieron un día de reflexión. A la mañana siguiente, Azaña le presentó la dimisión, unánimemente acordada, y Alcalá Zamora, "después de un discurso emocionado, trascendente", se la aceptó. Era la hora de "un cambio profundo, abismal, en el destino de la República" escribe el siempre grandilocuente ministro radical-socialista. *La experiencia del poder...*, pp. 313-314.

⁶³ Según Vidarte, Lerroux ofreció carteras a Sánchez Román, Salvador de Madariaga, Ortega y Gasset, Marañón, e incluso a Francisco Franco, capitán general de Baleares. Todos habrían declinado la invitación. *Las Cortes Constituyentes...*, p. 628. Octavio Ruiz Manjón, en su libro, citado, sobre el partido radical añade, entre los invitados por don Alejandro a formar Gobierno, el nombre de Moles: Juan Moles, republicano histórico catalán, ex diputado y senador con la Solidaridad Catalana, gobernador civil de Barcelona (1932-1933) y alto comisario en Marruecos (1933), así como el del médico Pío Del Río Ortega, mientras omite el de Marañón. Afirma el autor que la oposición al nombramiento de tales personajes provino sobre todo de los propios militantes republicanos, opuestos, por un motivo o por otro, según cartas enviadas al "Jefe", a la formación de un gabinete de ilustres, ajenos a la política o ajenos al partido lerrouxista. *El Partido Republicano Radical (1908-1936)*..., p. 377.

Con la sola ausencia de Cordero, se reunía la dirección socialista, el 11 de septiembre⁶⁴, para formar criterio y dar al grupo parlamentario “la orientación precisa” con vistas al debate político en la Cámara. Algunos de los dirigentes socialistas, contrarios a la solución de la crisis, que ya conocen –Cabello, Carrillo, Fabra, Vidarte–, se muestran cautos antes de la declaración ministerial en las Cortes. Fernando de los Ríos, por ejemplo, es contrario a manifestar con antelación una conducta de franca oposición al Gobierno constituido, ya que “no hubo molestia para nadie en la tramitación y desarrollo de la crisis y que no se puede hacer declaración sin antes conocer las que pueda hacer al presentarse al Parlamento el nuevo Gobierno”. Prieto, por el contrario, considera inevitable el tener que declarar la “hostilidad al gobierno Lerroux”, pero estima que no es ahora el momento de hacerlo; que lo importante ahora es “hacer resaltar la conducta del partido y lo sacrificios realizados por el mismo a favor de la República, no teniendo respeto alguno al nombre de Lerroux, por estimar que su presencia en la Presidencia del Gobierno significa una provocación constante contra la obra revolucionaria realizada desde la implantación de la República hasta la fecha”.

Habla, como siempre, al final de la discusión, el presidente Largo, favorable a una declaración solemne de que, en virtud de la conducta seguida por los elementos republicanos al prestar su colaboración personal al gobierno de la República, “quedan rotos todos los compromisos contraídos entre los republicanos y nosotros en la gestación y desarrollo del movimiento revolucionario, y que por tanto cada Grupo político y cada Partido recobra plenamente su independencia para seguir el camino que estima pertinente la defensa de sus ideales”. Este criterio es aceptado por toda la ejecutiva y se someterá a la deliberación del grupo parlamentario para que, si así lo estima, lo haga suyo y designe la persona que, en nombre del mismo, ha de defenderlo en el debate político.

En aquellas tensas circunstancias el nuevo Gobierno Lerroux era tan débil, que, tras la amenaza de la UGT de convocar una huelga ferroviaria que la impidiera, se vio obligado a prohibir la asamblea de la CEPA, convocada en Madrid para el 18 de septiembre. La nueva Confederación patronal agraria había reunido en anteriores convocatorias a miles de agricultores, que protestaban contra algunas leyes sociales, iniciativa del ministro Largo Caballero, o contra ciertas aplicaciones de las mismas. El comité organizador de la asamblea elevó su protesta en los tonos más contundentes e hizo referencia una vez más a “la ruinosa y nefasta actuación del marxismo”, a la vez que publicó el proyecto de conclusiones que pensaba presentar a los representantes de los agricultores españoles. Entre ellas estaban: la derogación de la ley de términos municipales, la libertad de empleo de maquinaria agrícola, la fijación de salario mínimo y jornales máximos antes de empezar el año agrícola, la revisión

⁶⁴ AH 20-2, p. 81.

urgente de la legislación social, la presidencia de los jurados mixtos por magistrados asesorados por técnicos... Con esa ocasión se creó también, como lo habían hecho poco antes otras organizaciones patronales, un “comité de enlace de entidades agropecuarias”, que se encargó de exponer la penosa situación de las mismas al presidente del Gobierno, a los ministros de Agricultura y de Trabajo y a todo el país⁶⁵.

Los días 23-25 de septiembre, en el III Congreso extraordinario del PRRS se consumó la prevista, anunciada, deseada o temida, división en dos del partido, al que muchos denominaban “de los jabalíes” y el mismo Albornoz, uno de sus fundadores, llamó “una olla de grillos”. Se quedó con la sigla la fracción más antigubernamental, encabezada por el veterinario leonés, y diputado por León, Félix Gordón Ordás –llamado irónicamente por algunos “el Marañón de los veterinarios”–, a quien siguieron 14 parlamentarios. La pilotada por el ex ministro de Instrucción Pública y Agricultura, cercano a los socialistas, Marcelino Domingo, consiguió la adhesión de 26 diputados a Cortes y se denominó desde entonces PRRSI (independiente). Otros 12 parlamentarios quedaron en tierra de nadie⁶⁶. También el pequeño partido federal se había fragmentado, una vez más, en dos grupos irreconciliables.

VI. EL COMITÉ NACIONAL DEL PSOE (18 Y 19 DE SEPTIEMBRE)

Los días 18 y 19 de septiembre se reunió el comité nacional del partido socialista, presidido por Francisco Largo Caballero, con asistencia de todos los miembros de la comisión ejecutiva y de los quince representantes regionales (un suplente, en el caso de Castilla la Vieja), además de José Castro, todavía presidente nacional de las Juventudes Socialistas⁶⁷.

Con antelación habían recibido todos sus componentes la *Memoria sobre la gestión de la Comisión Ejecutiva del Partido Socialista desde el último Congreso hasta la fecha*⁶⁸. En ella se informaba brevemente sobre el ingreso de agrupaciones socialistas en el partido desde el mes de octubre de 1932; los resultados de las elecciones para el comité nacional; la reorganización de la secretaría; la gráfica socialista; el órgano oficial *El Socialista*; las relaciones con la Internacional Socialista y con los partidos de la misma; las elecciones

⁶⁵ *La patronal ante la II República...*, pp. 158-159. El vicepresidente del comité de enlace, Adolfo Rodríguez Jurado, y el secretario del mismo, José María Hueso Ballester, fueron candidatos en la listas del Frente Antimarxista por Madrid-capital y por Madrid-provincia, respectivamente en las elecciones legislativas de noviembre y diciembre.

⁶⁶ Marcelino Domingo, que dedica no pocas páginas de su libro a vapulear a sus teóricos congéneres políticos, atribuye la pertinaz indisciplina y rebeldía de los disidentes a que, al fin y a la postre, “eran de derechas. Después se ha visto claro que era así”. *La experiencia del poder...*, p. 307.

⁶⁷ *Acta de la reunión celebrada por el Comité Nacional del Partido Socialista el día 18 de septiembre de 1933*, AH 20-4, pp. 66-88.

⁶⁸ AH 19-18, pp. 1-12.

parciales municipales y al Parlamento de Cataluña; las relaciones con las federaciones; los grupos socialistas en el extranjero; las delegaciones y conflictos entre organizaciones; los congresos de las federaciones; la ley de incompatibilidades; la propaganda; la tesorería... Se transcribían los breves informes enviados por quince provincias sobre las elecciones municipales de abril. Las agrupaciones socialistas en el segundo semestre de 1932 eran 1337, y en el primer semestre de 1933, 1386. Los afiliados a las mismas eran en el mismo período de 1932, 73857, más 954 afiliados directos, mientras que en 1933 llegaban a 81777, más 754 directos.

De todos estos asuntos trataron extensamente los miembros del comité nacional durante toda la mañana del día 18 y buena parte de la tarde. Sobre el frente único, aprobaron sin discusión el apartado de la *Memoria*: “Algunas organizaciones han consultado a la Ejecutiva si debían aceptar el ofrecimiento de algunas entidades comunistas para constituir el frente único, significándose a todas que la Ejecutiva no había adoptado acuerdo alguno sobre este particular”⁶⁹. Igualmente aprobaron la opinión de la comisión ejecutiva de que los diputados a quienes afectara la reciente ley de incompatibilidades debían optar siempre por los cargos de elección popular.

Entra luego el presidente a tratar de la situación política, comenzando de la última crisis, que quedó planteada por el deseo del presidente de la República “de formar un Gobierno de concentración republicana, sin que esto sirviera de ofensa para los socialistas”. Y aquí menciona Caballero su propuesta fundamental que ya conocemos. “Decíamos, además –añade–, que para lo sucesivo nuestra posición sería ni de benevolencia ni de hostilidad, sino de oposición socialista, procediendo dentro del Parlamento con arreglo a nuestros principios”. La proposición fue llevada al grupo parlamentario, “que la aprobó por unanimidad”. También el comité nacional aprueba unánimemente mantener la misma resolución.

Tras una crítica puntual de un delegado al diario *El Socialista*, por una supuesta deficiencia en la publicación de noticias sobre la organización socialista en Sevilla, a la que responde el director del diario, Julián Zugazagoitia, venido expresamente para la ocasión, el presidente Largo, a petición de Caballo, manifiesta que la ejecutiva “está muy satisfecha de las marcha del periódico, en su aspecto de redacción y presentación. Es aprobado”.

En relación a las elecciones municipales, previstas en principio para fechas próximas, el comité nacional, tras escuchar al presidente sobre la comi-

⁶⁹ Por ejemplo, en la sesión de la CE, del 29 de marzo de 1933, se da cuenta de que la agrupación socialista de Almería ha recibido una comunicación de los comunistas de aquella población invitándoles a formar un “frente único” “contra el peligro que supone la intrusión del fascio en España”, y dicha agrupación pide normas concretas para proceder a formar ese frente único. Se acuerda contestarle que “no procede la formación de tal bloque, por ser el Partido Socialista a quien compete dictar normas de carácter general para oponerse a toda acción represiva de los enemigos de la República”, AH 20-2, p. 47.

sión electoral conjunta, ya constituida, entre el partido y el sindicato socialista, acordó por unanimidad mantener el criterio de la CE de que no pudieran aliarse las agrupaciones o federaciones “con ningún otro organismo que la Unión General de Trabajadores, sin consultar con la Ejecutiva del Partido, tanto para las elecciones municipales como generales”. Acuerdo que será aducido en numerosas ocasiones, como veremos más tarde, ante las frecuentes consultas tras la convocatoria de las elecciones legislativas de noviembre. En cuanto a la propaganda política, se conviene en que los propagandistas del partido no podrán intervenir en actos políticos o sindicales que no estén organizados por entidades del PSOE, de las JJSS o de la UGT. “Será preciso en cada caso la autorización de la Comisión Ejecutiva para celebrar actos de conjunción o de “frente único”, con elementos no pertenecientes al Partido”.

Pero la parte más enjundiosa del comité estaba reservada para la mañana y la tarde del día 19⁷⁰: “Actitud a seguir del Partido Socialista ante el momento político”. Largo Caballero, actuando siempre como presidente, introduce sibilinamente el tema, al manifestar que conviene “conocer el espíritu de la clase trabajadora de provincias”, puesto que “se están recibiendo telegramas que el que (*sic*) más suavemente aconseja, dice que nos apoderemos del Poder”.

Los delegados regionales dieron cuenta del estado de cosas de su partido y de otras fuerzas regionales en cada una de las regiones españolas. Según el delegado extremeño, Antonio Canales, la situación de Extremadura era “trágica” por la pobreza general y la crisis de trabajo, y él se manifestaba partidario de “no tener tolerancia con los gobernantes actuales, yendo al asalto del Poder por los medios que sean”. Algo parecido sobre la situación en su tierra contaban los delegados de la Andalucía oriental y occidental, Francisco Azorín y Adolfo Moreno, respectivamente. Aunque varios distinguían entre unos republicanos y otros, todos se sentían aliviados por haber dejado el Gobierno de la República y todos eran opuestos al de Lerroux.

Oídos los informes de sus compañeros, Moreno proponía, además de ratificar el acuerdo de la comisión ejecutiva y apoyar “una ruda y completa oposición al Gobierno actual”, que en caso de un próximo decreto de disolución de las Cortes “se vaya decididamente a apoderarse del Poder, otorgándole a la Ejecutiva a este efecto un amplio voto de confianza para que ella adopte los acuerdos y medidas conducentes a tal finalidad”. Una propuesta pareja era la del delegado de Castilla la Nueva, Rafael Henche, concejal de Madrid. El mismísimo Caballero interviene entonces para calmar un poco los ánimos. No cree, tampoco él, “en la posibilidad de la conquista del Poder por la violencia, pues no basta decirlo en proposiciones”, y hay que examinar si se está en condiciones de hacerlo. Ve, eso sí, mucho descontento, una gran irritación,

⁷⁰ Acta de la reunión celebrada por el Comité Nacional del Partido Socialista el día 19 de septiembre de 1933, AH 20-4, pp. 89-97.

porque “ha matado muchas esperanzas la República” y se desea por todas partes que “el Partido Socialista proceda como tal”. Le parece más conveniente una resolución para protestar porque el Gobierno no haya ido al Parlamento, como era su obligación, y por “el intento de anular la legislación social”. Propone seguidamente una ponencia de tres compañeros, y se nombra al mismo Largo Caballero, a Prieto y al delegado de Levante, Manuel Molina Conejero, que en su informe ha insistido en lo que acaba de ponderar el presidente.

Habla luego Fernando de los Ríos, que recalca igualmente el peligro que corre la legislación social, mientras le parece “expuesto y ridículo” que se plantee la toma del poder. Asimismo Prieto, que no se considera el mejor intérprete de todo lo dicho en el comité y por eso duda de que sea un buen ponente, descarta “todas las indicaciones a un Poder inmediato” y rechaza rotundamente que estén en condiciones de conseguirlo. Teme que con el Gobierno de Lerroux las derechas se adueñen de las organizaciones socialistas y sostiene la alianza con los republicanos de izquierda, para no quedar “en un completo aislamiento parlamentario”. A este último punto le replica Caballero que se pueden hacer alianzas en cada provincia.

A las seis menos cuarto de la tarde del día 19 se reanudó la sesión. Y el compañero Indalecio leyó el dictamen redactado por él mismo y compuesto por los tres miembros elegidos de la ponencia. Tras recoger en una larga introducción los argumentos expresados por los delegados regionales, llega a los cinco puntos, que, coincidentes con la línea de conducta que se trazó el grupo parlamentario al aceptar la propuesta de la comisión legislativa, se convierten en resolución del comité nacional:

“1º. Su absoluta disconformidad con el cambio político que entraña la solución de la última crisis ministerial, solución francamente enderezada hacia un retroceso en la marcha política y social de la República.

2º. Su protesta enérgica por no haberse apresurado el Gobierno a convallis ante las Cortes los poderes que le han sido otorgados por el presidente de la República, ya que la plenitud de autoridad no puede tener por base la confianza presidencial cuando ésta no aparece unida a la del Parlamento, igualmente indispensable y de rango no inferior. Sólo a un Gobierno que hubiese demostrado la existencia de la confianza parlamentaria le sería lícito demorar las sesiones hasta la fecha infranqueable señalada por la Constitución; mas cuando no se ha obtenido esa prueba, la clausura parlamentaria significa burla y menoscabo por los principios constitucionales.

3º. Su firme resolución de sumar el esfuerzo del Partido al de la Unión General de Trabajadores para defender sin desmayo el cumplimiento de la legislación social, estando dispuesto, por otra parte, a realizar todo género de sacrificios a fin de impedir el menor retroceso en las conquistas alcanzadas. El Comité Nacional declara que la legislación social de la República, lejos de rebasar los límites establecidos en el solemne pacto revolucionario de 1930, no ha llegado siquiera a ellos.

4º. Su decidido propósito de estimular a las Federaciones, Agrupaciones y afiliados para que se entreguen con ardor entusiasta a la propaganda intensa, política y sindical, debiendo encauzar esa propaganda hacia el robustecimiento de las organizaciones del Partido y de la Unión General de Trabajadores, como instrumentos esenciales de la lucha política y sindical.

5º. Su fe inquebrantable en los altos destinos del Partido socialista que, siendo el más fuerte pilar de la democracia española, habrá de ser en un mañana próximo la base incombustible de un régimen de justicia”.

No gustó a todos este último párrafo. El mismo Vidarte pidió que se hiciera constar “que se debe ir a la conquista del Poder”. Y se enzarzó en un vivo diálogo con Prieto sobre la democracia, que no negaba, pero que tampoco era la burguesa; ni combatía la República, como su colega bilbaíno le reprochaba, sino que constataba “una gran desilusión en los pueblos por el régimen actual”.

En este momento entró Largo en la disputa. Es todo un guión de lo que viene sosteniendo hace tiempo y va a sostener sobre todo en la próxima campaña electoral: “Yo he querido interpretar, no sé si me habré equivocado, que los compañeros no es que renieguen de la República, pues el Partido socialista está dispuesto a sostenerla, ahora que el Partido socialista no renuncia a su postulado. Creo que debemos vivir en la realidad y la palabra “democracia” está para la clase trabajadora un poco en desuso por haber estado rodando en todo el historial político de España. Repito que esto no es ir contra la República. Lo que sí decimos, cumpliendo con ello deberes elementales, es que a la República hay necesidad de darle un contenido social a tono con las necesidades del momento presente. Precisa dar una mayor envergadura social, sin la cual nada se podrá resolver”.

Los compañeros disidentes redactaron un nuevo punto quinto, que quedó así: “Su fe inquebrantable en los altos fines del Partido socialista; su resuelta decisión de defender la República contra toda agresión reaccionaria y su convicción de la necesidad de conquistar el Poder político como medio indispensable para implantar el socialismo”.

Prieto está de nuevo en contra de lo que él llama “el deseo de adueñarnos del Poder político”, pero, puesta a votación el nuevo párrafo, queda aprobado por 14 votos a favor y 3 en contra; uno de ellos el de “don Inda”, que pidió constase su voto en contra. Eran las ocho y media de la noche.

La reforma laboral de 2012: descodificando reformas del anterior Gobierno, intentando implementar la extravagante flexiseguridad. ¿Qué hay de nuevo?

Francisco Javier Arrieta Idiakoz

Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Deusto

Recibido: 14.05.2012

Aceptado: 31.05.2012

Resumen: Nuevo Gobierno, nueva reforma laboral. Y en este caso descodificando las ineficaces, tortuosas e incomprensibles reformas del anterior Gobierno. Así se deduce de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 12 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En concreto, en relación con la Seguridad Social, se está produciendo el fenómeno de «quita y no pon se acaba el montón», pues coinciden en el tiempo el descenso de afiliados/cotizantes y el aumento de desempleados y jubilados, a lo que hay que sumar el envejecimiento de nuestra sociedad y el aumento, a futuro, del gasto sanitario. A todo ello pretende enfrentarse la nueva reforma laboral. Y según se deduce, nuevamente, de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, no porque nuestros gobernantes se hayan percatado de esta situación, sino porque parece que todas las instituciones económicas mundiales y europeas conocen mejor lo que sucede en el mercado laboral español. Pero el nuevo Gobierno promete ser obediente y aplicar la fórmula propuesta por dichos agentes internacionales para salir de esta crisis, para solucionar todos los problemas mencionados: la flexiseguridad. ¿Qué hay de nuevo?

Palabras clave: Reforma laboral de 2012, flexiseguridad, medidas para favorecer la empleabilidad, fomento de la contratación indefinida, flexibilidad interna y externa.

Summary: *A new government, and new labour reform. In this case, decoding the inefficient, tortuous and incomprehensible reforms of the previous government is needed. This is clear from reading the Explanatory Memorandum to Royal Decree Law 3/2012 of 12 February, on urgent measures to reform the labour market. Specifically, with regards to the Social Security System, the phenomenon of being unable to “save something for a rainy day” is becoming ever present on a day to day basis, given the decline in numbers of contributors, and the increase in unemployed and retired individuals. To this we must add, our society’s increased life expectancy, and the rising expense of funding our health care systems. The new labour reform attempts to address all of these factors. This being not because our leaders have come to terms with the new reality, but as the Explanatory Memorandum to the Royal Decree Law 3/2012, states, because it appears that the European and global economic institutions understand better what is occurring to the Spanish labour market. Hence the new government having promised to behave, be obedient and a good sport, and apply the formula proposed by these international institutions, in order to overcome the crisis, the solution to it all: flexisecurity. What is this about?*

Key words: *Labour reform of 2012, flexisecurity, measures to promote employability, promotion of long-term contracts, internal and external flexibility.*

Sumario: 1. Aproximación al concepto de flexibilidad como fórmula para solucionar los problemas del mercado laboral español.—2. Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores. 2.1. Intermediación laboral. 2.2. La formación profesional.—3. Medidas para fomentar la contratación indefinida y para favorecer la creación de empleo. 3.1. El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. 3.2. Novedades en el contrato a tiempo parcial. 3.3. Trabajo a distancia.—4. Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo. 4.1. Sistema de clasificación profesional. 4.2. Tiempo de trabajo. 4.3. Movilidad funcional. 4.4. Movilidad geográfica. 4.5. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. 4.6. Suspensión del contrato de trabajo. 4.7. Negociación colectiva.—5. Medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral. 5.1. Suspensión temporal de la aplicación del artículo 15.5 del TRLET. 5.2. Extinción del contrato de trabajo. 5.3. Fondo de garantía salarial.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD COMO FÓRMULA PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS DEL MERCADO LABORAL ESPAÑOL

Aunque resulte evidente que las reformas laborales llevadas a cabo por el Gobierno de PSOE durante 2010 y 2011 también buscaron la flexiseguridad requerida por Unión Europea¹, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero,

¹ Conforme al Libro Verde de la Comisión Europea «Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI» [COM (2006) 708 final], la modernización del Derecho del Trabajo se plantea como una estrategia amplia y compleja de reforma de algunos de sus principios básicos, sobre la base de un enfoque integrado de la flexibilidad necesaria para las empresas y la seguridad para los trabajadores. Precisamente, el término «flexiseguridad» se acuñó para referirse a dicho «enfoque integrado». A partir de ese momento, la flexiseguridad se configura como en «nuevo principio ordenador de las políticas laborales y sociales» [MORENO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (Reflexiones en torno al «Libro Verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas). En *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 2007-I, núm. 16, p. 171]. Posteriormente, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia los principios comunes de flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad» [COM (2007) 359 final] se definió el concepto a través de sus cuatro ejes de actuación, a saber: disposiciones contractuales flexibles y fiables; estrategias globales de aprendizaje permanente; políticas activas del mercado laboral eficaces; y Sistemas de Seguridad Social modernos. En líneas generales, puede concluirse que la flexiseguridad adoptada por la Unión Europea pretende combinar la flexibilidad en las condiciones laborales y en el despido con la seguridad en el empleo. Con otras palabras, se pasa de la clásica seguridad del contrato de trabajo a la seguridad del mercado de trabajo y de los mecanismos de Seguridad Social [MORENO VIDA, M. N. El

de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral², promulgado por el nuevo Gobierno del PP, establece que dichas reformas «aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas» (Exposición de Motivos).

En consecuencia, resulta obligado preguntarse por las novedades que se introducen ahora para implementar adecuadamente la tan ansiada flexiseguridad. Pues bien, tras afirmar que «el objetivo es la flexiseguridad», la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012 menciona las siguientes cuatro medidas que se pretenden materializar a través de la regulación contenida en su articulado:

- (a) Fomentar la empleabilidad de los trabajadores, reformando aspectos relativos a la intermediación laboral y a la formación profesional.
- (b) Fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo con especial hincapié en promover la contratación por PYMES y de jóvenes.
- (c) Incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción del empleo.
- (d) Favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo.

En principio, de la mera literalidad de estas medidas no se advierte ninguna novedad respecto a las reforma laboral de 2010³. Por tanto, a continuación, nos centraremos en el análisis del desarrollo de cada una de esas medidas para observar qué hay de nuevo respecto a las medidas ya adoptadas por el anterior Gobierno, y qué hay de cierto en el desiderátum del nuevo Gobierno cuando señala que «la reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social», así como en la afirmación de que «ésta es una reforma en

debate sobre la flexiseguridad en Europa. En MONERO PÉREZ, J. L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (Dir.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada: Comares, 2010, p. 33]. En torno a los problemas de la implantación de la flexiseguridad en España durante el anterior Gobierno del PSOE se refiere OJEDA AVILÉS, bajo la sugerente rúbrica «la flexiseguridad a la española: el Real Decreto-ley 10/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo» (OJEDA AVILÉS, A. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 590-606). Extensamente sobre la desproporción a favor de la flexibilidad y en contra de la seguridad en las reformas laborales de 2010 y 2011 del Gobierno del PSOE véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., ABRIL LARRAÍNZAR, M. P.; y MEGINO FERNÁNDEZ, D. *Dos años de reforma laboral: un análisis teórico-práctico*. Madrid: Ediciones CEF, 2011, pp. 37-187.

² BOE de 11 de febrero de 2012, núm. 36.

³ Se recomienda la toma en consideración de los comentarios que se realizan sobre dicha reforma en ARRIETA IDIAKEZ, F. J. La reforma laboral de 2010. ¿Qué reforma?. En *Estudios de Deusto*, 2010, vol. 58/2 julio-diciembre.

la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos» (Exposición de Motivos).

2. MEDIDAS PARA FAVORECER LA EMPLEABILIDAD DE LOS TRABAJADORES

2.1. Intermediación laboral

La gran novedad consiste en permitir a las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) actuar como agencias de colocación⁴. Además, conforme a la nueva redacción de la Disposición Adicional 2 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo⁵, cuando actúen como tales lo harán «sin ánimo de lucro», lo que significa «la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuitidad por la prestación de servicios».

El Gobierno anterior, en el intento por aumentar la intermediación, permitió que las agencias de colocación tuvieran ánimo de lucro⁶. Igualmente, respecto a las ETT transpuso la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008⁷, lo que supuso, además de profundizar en el principio de igualdad de trato en las condiciones laborales entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de las empresas usuarias, la supresión de límites y prohibiciones de actuación en los denominados sectores excluidos, es decir, los sectores de riesgo, y dentro de los mismos, con especial importancia, la construcción, y el sector público. Sin embargo, no se posibilitó a las ETT actuar como agencias de colocación, a pesar de que frente al escaso éxito de los servicios públicos de empleo y de las hasta entonces agencias de colocación sin ánimo de lucro, aquéllas fuesen las que más colocaciones realizasen⁸.

Curiosamente, como consecuencia de estas reformas, las ETT encontraron el cauce adecuado para poder colaborar con el sector público, y participar

⁴ Para ello, además, de obtener la autorización del servicio público de empleo, deberán presentar una declaración responsable mediante la cual se manifieste al servicio público de empleo competente el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 56/2003 y su normativa de desarrollo (vid. nueva redacción del artículo 16.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET).

⁵ BOE de 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

⁶ Artículo 14 de la Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (LMURMT). El desarrollo reglamentario en materia de agencias de colocación se realizó por el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 2010, núm. 318). Pese a admitirse las agencias de colocación con ánimo de lucro, se establece la garantía de gratuitidad para los trabajadores que acuden a tales agencias.

⁷ DOUE de 5 de diciembre de 2008 L 327.

⁸ Sobre este hecho, y criticando la oportunidad perdida, véase, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. La reforma de la intermediación laboral en España. En *AL*, 2010, núm. 5. Versión electrónica: www.laleylaboral.com/, pp. 4-5. Y también ARRIETA IDIAKEZ, F.J., *ob. cit.*, pp. 93-94.

en las bases públicas de de ofertas y demandas y recibir financiación en calidad de intermediarios. Simplemente, bastaba con crear una sociedad propia e independiente del negocio de cesión temporal de trabajadores⁹.

En suma, tras la última reforma se ha querido dinamizar el mercado de trabajo reconociendo a las ETT la posibilidad de intervenir como agencias privadas de colocación, confiando en que también a través de esta nueva función consigan los magníficos resultados que vienen obteniendo como empleadores de muchos trabajadores. De hecho, tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, «en la mayoría de los países de la Unión Europea, tales empresas operan como agencias de colocación y desde las instituciones comunitarias se viene subrayando que las mismas contribuyen a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción en el mercado de trabajo»¹⁰. Además, este reconocimiento sirve para regularizar una práctica que, como se ha visto, había comenzado a ser realidad, aunque sea valiéndose de operaciones indirectas para separar jurídicamente las funciones de ETT y agencia de colocación.

El tiempo será testigo del éxito de esta apuesta. Ahora bien, en estos tiempos en los que la cuestión de las famosas duplicidades se encuentra tan de moda, cabe preguntarse por el sentido y la eficacia/eficiencia del elevado número de estructuras que desempeñan la función de la intermediación en el mercado de trabajo español. Al disparatado número de servicios públicos de empleo, deben sumarse las cuatro modalidades de agencias de colocación que se permiten en la actualidad¹¹. Resulta curioso que un Estado que desea a toda costa centralizar todos los aspectos de la economía y el mercado descentralice y «desparrame» una cuestión tan básica y común como la del empleo.

⁹ GARCÍA ROMERO, B. y SELMA PENALVA, A. Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores. En CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.) *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012...* Murcia: Ediciones Laborum, 2012, p. 43. La posibilidad de actuar de este modo se identifica también por ALARCÓN BRAVO DE RUEDA y MORENO DE VEGA y LOMO, al indicar que «cualquiera de las ETT que han consolidado su presencia en el mercado de trabajo pueden constituir expeditamente una agencia en paralelo, apoyando su vasta experiencia con todo tipo de personal» (ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P. O. y MORENO DE VEGA y LOMO, F. El nuevo régimen jurídico de las agencias de colocación. En *AL*, 2011, tomo II, núm. 18. Versión electrónica: www.laleylaboral.com., p. 13).

¹⁰ Circunstancia fácilmente constatable en el mercado laboral español, sin que sea necesario que las instituciones comunitarias se lo recuerden al Gobierno.

¹¹ Agencias de colaboración públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen labores de intermediación; agencias de colaboración públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, que también desarrollen actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional; agencias de colocación, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que lleven a cabo labores de selección de personal; agencias con labores de intermediación destinada a recolocar a los trabajadores (para un análisis den profundidad de todas estas modalidades véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas*. Madrid: La Ley, 2012, pp. 305-394).

2.2. La formación profesional

Conforme a la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, se apuesta «por una formación profesional que favorezca el aprendizaje permanente de los trabajadores y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales». Es más, se llega a afirmar que «el eje básico de la reforma en esta materia es el reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual». Pero no es oro todo lo que reluce.

En efecto, en principio, resulta de suma importancia que se reconozca como derecho laboral, en la relación de trabajo, la formación profesional en el trabajo, cuando la misma se dirija a posibilitar la adaptación de los trabajadores a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo¹². En el mismo sentido, en materia de promoción y formación profesional, se regula un nuevo permiso o licencia para los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa; este permiso será retribuido y equivaldrá a 20 horas anuales de formación vinculada al puesto de trabajo, pudiendo ser acumulables por un período de hasta 3 años. Además, se crea, aunque quede pendiente de desarrollo reglamentario, la denominada cuenta de formación. Esta cuenta que se asociará al número de afiliación de la Seguridad Social, servirá para que el servicio público de empleo competente recoja la formación recibida por el trabajador a lo largo de su carrera profesional, de acuerdo con el Catálogo de Calificaciones Profesionales¹³.

Hasta aquí, es evidente que con estos nuevos derechos se refuerza la seguridad de los trabajadores. Sin embargo, las modificaciones operadas en otros preceptos del TRLET pueden dejar en papel mojado dichas mejoras¹⁴. En concreto, en relación con el *ius variandi* del empresario en materia de movilidad funcional, la nueva redacción del artículo 39.3 omite la prohibición que antes contenía el mismo; prohibición por la cual dicho *ius variandi* no podía afectar negativamente a la dignidad de los trabajadores ni a su formación y promoción profesional. Del mismo modo, a partir del 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012) no cabrá la extinción por voluntad del trabajador fundada en causa imputable al empresario, y, por tanto, indemnizable por la cuantía correspondiente al despido improcedente, cuando las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo

¹² Cfr. nueva redacción del artículo 4.2.b) del TRLET. El mismo derecho vuelve a reiterarse al referirse el TRLET a los derechos que el trabajador tiene en materia de promoción y formación profesional (cfr. nueva redacción del artículo 23.1 del TRLET), con la importante concreción de que el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

¹³ Cfr. nueva redacción del artículo 28.10 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en relación con la Disposición Final 2 del Real Decreto-ley 3/2012.

¹⁴ Al respecto véase MOLINA NAVARRETE, C. De las «Reformas Laborales» a un nuevo, e irreconocible, «Estatuto del Trabajo subordinado». En *CEF: Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios y caso prácticos*, 2012, núm. 348, p. 28.

redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador como venía reconociéndose hasta la fecha.

En resumen, seguridad sí, reforzándose el derecho individual a la formación, pero supeditada al *ius variandi* y a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Por su parte, más preocupante resulta la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje. En realidad, se hereda todo lo negativo de la reforma operada por el anterior Gobierno a través del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto¹⁵. Pero antes de entrar a analizar este hecho, no cabe olvidar la desastrosa normativa implementada por el anterior Gobierno, y que, por el momento, se mantiene por el actual, en materia de becas¹⁶. Especialmente agresiva y de una ilegalidad flagrante¹⁷ resulta el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas¹⁸. Pese al intento del legislador de alejar esta nueva modalidad de beca de los contratos de trabajo formativos, para lo que pretende insertarla dentro del denominado «subsistema de formación profesional», un análisis más detallado de las medidas tradicionales de dicho subsistema demuestra claramente la vulneración de la normativa laboral. Podrán alegarse la gravedad de la crisis

¹⁵ BOE de 30 de agosto de 2011, núm. 208.

¹⁶ Tras las reformas materializadas durante el segundo semestre de 2011, nuestros jóvenes cuentan con un régimen de becas de lo más dispar. Para los estudiantes de doctorado debe estarse a lo regulado por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación (BOE de 3 de febrero de 2006, núm. 29). Los jóvenes que durante sus estudios desarrollen actividades formativas bajo el régimen de convenios de cooperación educativa entre sus universidades y empresas o Administraciones públicas (denominados ahora prácticas extracurriculares), así como los que cursen la asignatura de Prácticum (denominada ahora prácticas curriculares) quedan bajo el ámbito de aplicación del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (BOE de 10 de diciembre de 2011, núm. 297). Junto a estas dos modalidades de becas, no cabe olvidar las becas reguladas por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre (BOE de 27 de octubre de 2011, núm. 259), cuyos destinatarios siguen siendo un auténtico misterio, aunque personalmente me decante por los antiguos becarios de colaboración. Por último, cabe mencionar a los becarios regulados por el Real Decreto 1543/2011, a los que me referiré a continuación.

¹⁷ Sobre esta cuestión resulta de máximo interés el análisis realizado en MARTÍNEZ GIRÓN, J. Prácticas no laborales en empresas (Análisis crítico del RD 1543/2011, de 31 de octubre). En *AL*, 2012, núm. 6.

¹⁸ BOE de 18 de noviembre de 2011, núm. 278. Nótese que dicha norma se publica en el BOE dos días antes de las elecciones generales. Los destinatarios de estas prácticas no laborales deben ser «personas jóvenes desempleadas inscritas en la oficina de empleo, con edades comprendidas entre 18 y 25 años inclusive, que posean una titulación oficial universitaria, titulación de formación profesional, de grado medio o superior, o titulación del mismo nivel que el de esta última, correspondiente a las enseñanzas de formación profesional, artísticas o deportivas, o bien un certificado de profesionalidad» (Exposición de Motivos).

económica actual; las altas tasas de desempleo, con especial gravedad entre los jóvenes; la especial dificultad de inserción en el mercado laboral de tales jóvenes etcétera, pero todo ello no puede llevar a ignorar la existencia de los contratos formativos (contrato para la formación y el aprendizaje y contrato en prácticas). Y mucho menos puede ampararse la creación de esta nueva modalidad de beca alegando que las personas jóvenes, aun teniendo una formación académica o profesional acreditada, carecen de experiencia laboral¹⁹. Porque el objeto de los contratos formativos lo constituye, junto al intercambio de salario por prestación de servicios, la oportunidad concedida por el empresario al trabajador contratado para la obtención, ni más ni menos, de experiencia laboral.

Centrándonos en el contrato para la formación y el aprendizaje, si bien es interesante que se permita recibir la formación en la propia empresa²⁰, dado que ello puede permitir una más rápida adaptación del trabajador a los quehaceres de la misma, esta medida no deja de ser un mero espejismo. Ese aparente guiño a la seguridad en el trabajo, queda rápidamente sin valor, pues la regulación, en su conjunto, de esta modalidad contractual es peor que la realizada por el anterior Gobierno. Ciertamente, ambos pecan de desnaturalizar su naturaleza formativa, ya que resulta excesivo que su duración máxima sea de tres años, cuando, recordese que la mayoría de estudios de grado se han reducido a cuatro años. Con otras palabras, no es razonable que para la formación universitaria se establezcan 4 años y que para la formación a adquirir mediante el contrato para la formación y el aprendizaje se permita una duración máxima de 3 años. Y es que la desnaturalización formativa de este contrato queda en evidencia cuando ambos Gobiernos toman en consideración «las necesidades organizativas o productivas de las empresas» para alargar su duración.

En íntima conexión con esta desnaturalización, una de las medidas que empeoran la regulación anterior radica en que, durante el segundo y el tercer año de contrato, el tiempo de trabajo efectivo podrá alcanzar el 85% de la jornada máxima prevista²¹. Esta medida resulta abusiva, pues el tiempo dedicado a la formación es ridículo y, por el contrario, el empresario retribuirá en proporción al trabajo efectivo, es decir, se ahorrará un 15%, cuando, realmente, los picos de productividad variarán muy poco, dada la naturaleza de las actividades a desarrollar bajo los contratos para la formación y el aprendizaje.

Por otro lado, el poco éxito de esta modalidad contractual para conseguir que un trabajador se inserte en el mercado de trabajo y, tras lograr una buena formación, adquiera el carácter de indefinido (una de los objetivos de la reforma como se verá), se deduce de otra de las desafortunadas modificaciones introducidas en el régimen de este contrato. Efectivamente, ahora se permite que expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el

¹⁹ Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1543/2011.

²⁰ Cfr. nueva redacción del artículo 11.2.d) del TRLET.

²¹ Cfr. nueva redacción del artículo 11.2.f) del TRLET.

trabajador pueda ser contratado por la misma o distinta empresa bajo la misma modalidad contractual para desempeñar una distinta actividad laboral u ocupación objeto de cualificación profesional²².

Finalmente, no puede pasar por alto, que las empresas que contraten bajo la modalidad de este contrato a desempleados se ahorrarán el 100% (empresas con plantilla inferior a 250 personas) o el 75% (empresas con plantilla igual o superior a 250 personas) de las cotizaciones a la Seguridad Social, durante toda la vigencia del contrato²³. Realmente, no se comprende esta medida, cuando el Sistema público de Seguridad Social requiere de más fondos que nunca, y cuando, no olvidemos, la formación es igual de importante para los trabajadores como para los empresarios.

3. MEDIDAS PARA FOMENTAR LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y PARA FAVORECER LA CREACIÓN DE EMPLEO

3.1. El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores

Se trata de una nueva modalidad contractual por tiempo indefinido y a jornada completa que, a pesar de referirse a los «emprendedores», se dirige a la PYMEs (empresas que tengan menos de 50 trabajadores), y que sustituye al hasta ahora vigente contrato para el fomento de la contratación indefinida²⁴. Esta sustitución debe ser bien valorada, y esta afirmación debe incluirse en una valoración de mayor alcance. La LMURMT supuso la universalización subjetiva respecto a las personas con las que podía celebrarse el contrato para el fomento de la contratación indefinida. Y ello trajo consigo varias consecuencias.

En primer lugar, se generalizó para todos los despidos objetivos calificados como improcedentes la indemnización reducida de 33 días de salario por año trabajador, con el tope de 24 mensualidades. Esta fue, en realidad, la técnica utilizada por el anterior Gobierno para, sin modificar la cuantía de las indemnizaciones por despido, conseguir un despido más barato. Por tanto, el hecho de que, como se verá más adelante, el nuevo Gobierno haya generalizado en dicha cuantía la indemnización por despido improcedente no resulta una novedad tan importante como la que han transmitido los medios de comunicación.

En segundo lugar, perdió el golpe de efecto necesario para que los empresarios contratasen a los segmentos poblacionales que más sufren las crisis.

²² Cfr. nueva redacción del artículo 11.2.c) del TRLET.

²³ Cfr. artículo 3 del Real Decreto-ley 3/2012.

²⁴ Téngase en cuenta que la Disposición Derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2012 deroga la Disposición Adicional 1 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 10 de julio de 2001, núm. 164).

Por consiguiente, la nueva modalidad contractual creada puede considerarse, grosso modo, como un retorno al contrato de fomento de la contratación indefinida originario. Ahora bien, los incentivos establecidos para que los empresarios opten por su utilización comportan importantes novedades. Así, además de importantes incentivos fiscales y bonificaciones, siempre y cuando se contrate a jóvenes menores de 30 años y determinados desempleados²⁵, se establece un período de prueba de un año en todo caso. Sin duda, este último aspecto se convertirá en el principal incentivo de este contrato para todos aquellos empresarios que utilicen el período de prueba de manera fraudulenta, olvidando la verdadera finalidad del mismo. De esa manera, no solamente quedará desfigurada la naturaleza de esta nueva modalidad contractual, pues, en realidad, quedará transformada, por el mal uso del período de prueba, en un contrato temporal, sino que el despido será sin causa y gratuito. Precisamente por ello, debe concluirse que este precepto alberga «alguna dosis de inconstitucionalidad de baja intensidad (artículos 35 y 38 CE) que quizá debiera conducir a una reconsideración a la baja de su duración en el trámite parlamentario»²⁶. A mayor abundamiento, debe recordarse que el Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (ratificado por España el 26 de abril de 1985), permite excluir de su protección a los trabajadores que estén en período de prueba, siempre que su duración «se haya fijado de antemano y sea razonable» (artículo 2.2.b). En ese sentido, la duración de un año, en todo caso, del período de prueba, «generalizada para toda actividad, trabajador, empresa y sector desnaturaliza dicho período, convirtiendo la previsión en irrazonable»²⁷. Por su parte, la jurisprudencia también ha aplicado la doctrina del abuso de derecho respecto a las cláusulas convencionales sobre el período de prueba, cuando las mismas establecen plazos de larga duración que exceden de la finalidad atribuida al período de prueba²⁸.

²⁵ Respecto a tales incentivos fiscales y bonificaciones véase el artículo 4, apartados 5 a 9, del Real Decreto-ley 3/2012.

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MATÍN JIMÉNEZ, R. *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 183.

²⁷ LUJÁN ALCARAZ, J. y RÍOS MESTRE, J. M. Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores; supresión del contrato para el fomento de la contratación indefinida. En CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.). *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-ley 3/2012...* Murcia: Ediciones Laborum, 2012, pp. 88-89.

²⁸ Por todas, STS, ud., de 12 de noviembre de 2007 (rec. 4341/2006), que considera abusiva por contrariar la finalidad del período de prueba una cláusula convencional en la que se establece un período de prueba de 2 años para determinado personal de ventas. En último término se concluye que «no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características» (2º FD). Más recientemente, la STS, ud., de 20 de julio de 2001 (rec. 152/2010), recuerda, en primer lugar, que «la finalidad del instituto del período de

3.2. Novedades en el contrato a tiempo parcial

La gran novedad consiste en que a los trabajadores a tiempo parcial se les reconoce la posibilidad de realizar horas extraordinarias²⁹. Con ello se pretende aumentar el número de contratos celebrados bajo esta modalidad, dado su escaso éxito en España. Este interés se debe a que el Gobierno considera que «el trabajo a tiempo parcial no sólo es un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo y en la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades profesionales y personales de los trabajadores, sino que es un mecanismo de redistribución del empleo» (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012).

Sin duda, la posibilidad de realizar horas extraordinarias introduce un importante grado de flexibilidad en el contrato, de forma y manera que el empresario podrá valerse de las personas contratadas a tiempo parcial, sin necesidad de contratar a terceras personas para cubrir las eventuales necesidades requeridas por el proceso productivo. En verdad, podría haberse modificado el régimen existente en torno a las horas complementarias para conseguir el mismo fin, pero no ha sido así. Por consiguiente, un mismo trabajador que, conforme a la definición del artículo 12.1 del TRLE, preste sus servicios a tiempo parcial, podrá realizar, al mismo tiempo, horas complementarias y horas extraordinarias. Es cierto que se hace hincapié en que «el número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada» o en que «en todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial», pero el cumplimiento de todo ello no siempre será fácil y dependerá del grado de control que desempeñen los representantes de los trabajadores y la Inspección de Trabajo.

prueba es la experimentación “sobre el terreno” de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve» (2º FD). Y, en coherencia con tal afirmación, declara inaplicable por abusivo el período de prueba de 1 año establecido en una cláusula convencional para un trabajador no cualificado (personal de grupo de ventas), razonando que «debe sostenerse, que la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones del instituto del período de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho período, bien puede sugerir que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario. Dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social» (2º FD).

²⁹ Cfr. nuevo artículo 12.4.c) del TRLET.

Por otro lado, el Gobierno pretende compensar la flexibilidad referida con la seguridad en materia de protección social; para ello, se establece que «las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones». Debe recordarse que hasta ahora, y excluidos los trabajadores contratados a tiempo parcial, el importe de las horas extraordinarias se tenía en cuenta solamente para la determinación de las bases de cotización por contingencias profesionales³⁰.

3.3. Trabajo a distancia

Sin duda, la regulación del trabajo a distancia en el artículo 13 del TRLET, sustituyendo de esa manera a la antigua regulación del contrato de trabajo a domicilio, persigue contemplar el teletrabajo desde el punto de vista del Derecho laboral, aunque sin dejar de dar cabida a otras formas de trabajo a distancia, entre las que se incluye el trabajo a domicilio que se desarrolle sin tecnologías de la información y la comunicación³¹. Así se deduce de la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2012, cuando ésta señala que «el deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral hace que dentro de esta reforma se busque también dar cabida, con garantías, al teletrabajo». Además, acto seguido, se ofrece una acertadísima definición de teletrabajo: «una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar».

No obstante, nótese que ahora se regula «una particular forma de organización del trabajo» y no una nueva modalidad contractual. Con otras palabras, los trabajadores a distancia podrán celebrar cualquiera de las modalidades de contrato de trabajo aceptadas por el ordenamiento jurídico laboral, siempre y cuando exista la causa del contrato en cuestión y se den las notas de laboralidad. En consecuencia, ahora se regulan unas condiciones que todo contrato de trabajo deberá respectar cuando la prestación de servicios se materialice a distancia. De este modo, en lo que respecta al teletrabajo, se pone fin a la necesidad de diferenciar entre sus modalidades *on-line* y *off-line*, pues ya no se exige, como ocurría en el antiguo contrato de trabajo a domicilio, que el trabajo se realice «sin vigilancia del empresario».

³⁰ A concretar los cambios operados para dotar de mayor seguridad a los trabajadores a tiempo parcial que realicen horas extraordinarias se dedica la Disposición Final 9 del Real Decreto-ley 3/2012.

³¹ En este sentido, MUÑOZ RUIZ, A. B. Trabajo a distancia. En GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., (Dirs.). *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012...* Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 116-117.

En concreto, las condiciones que deberán respetarse cuando el trabajo se realice a distancia son las siguientes: (a) la prestación de servicios deberá llevarse a cabo de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa; (b) la posibilidad de trabajar a distancia será siempre el resultado del acuerdo entre el empresario y el trabajador, debiéndose recoger dicho acuerdo por escrito; (c) los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial; en especial, se reconoce al trabajador a distancia el derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones, así como el acceso efectivo a la formación profesional continua; (d) los trabajadores a distancia tienen asegurados sus derechos colectivos, ya que deben estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa³².

Por el contrario, se echa de menos la regulación de un documento similar al «documento de control de la actividad laboral», que se contemplaba en la antigua redacción del artículo 13.4. La importancia de este documento radicaba en que a través de su contenido quedaban aclaradas algunas cuestiones que a día de hoy se silencian, entre las que destacan la cantidad de materias primas entregadas y la regulación relativa a los gastos ocasionados al trabajador por el mero hecho de trabajar a distancia (adecuación del lugar de trabajo, ADSL, impresora, calefacción, teléfono, electricidad, etc.)³³.

4. MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN LAS EMPRESAS COMO ALTERNATIVA A LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO

4.1. Sistema de clasificación profesional

Una de las grandes novedades de la reforma laboral implementada por el Real Decreto-ley 3/2012 consiste en la eliminación de las categorías pro-

³² La efectividad de estas medidas pasa por la implicación de los representantes de los trabajadores y el interés del propio trabajador a distancia, pues a través del correo electrónico podrá intercambiarse la información relacionada con la defensa de los intereses de los trabajadores. De hecho, esa forma de actuar se está convirtiendo en el principal cauce de comunicación incluso para con los trabajadores que prestan sus servicios de manera presencial en el centro de trabajo. Es más, como recuerda la STC 289/2005, de 7 de noviembre, la empresa debe facilitar a los representantes de los trabajadores los medios informáticos, siempre y cuando tales medios se utilicen para difundir información sindical o de naturaleza laboral y no se perjudique el normal desarrollo de la actividad empresarial.

³³ CAMPS RUIZ, L. M. Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012. En VVAA. *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 3/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 78.

fesionales como sistema de clasificación profesional. De este modo, el sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupos profesional «con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz» (Exposición de Motivos).

A primera vista, esta medida puede resultar interesante por el simple hecho de simplificar la forma de entender el sistema de clasificación profesional, que con anterioridad a la reforma en muchas ocasiones resultaba ciertamente farragoso, pues era frecuente mezclar los conceptos de grupo profesional, categoría profesional y puesto de trabajo. Así, desde este prisma, se evitarán con mayor facilidad los fraudes en la concatenación de contratos temporales³⁴. Pero puede producirse mayor precariedad, pues ahora se dispone que «cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen *durante mayor tiempo*»³⁵. En efecto, la posible precariedad aludida trae causa de la falta de concreción de la referencia «*durante mayor tiempo*» y del hecho de que ahora la equiparación se realiza teniendo ese criterio y no las funciones prevalentes, de entre todas las que se desarrollen, como sucedía con anterioridad.

Por otro lado, no cabe olvidar que el éxito de la apuesta por los grupos profesionales como sistema de clasificación depende del grado de formación que tengan los trabajadores.

4.2. Tiempo de trabajo

Tras la reforma se permite que, en defecto de pacto, la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo³⁶.

³⁴ Recuérdese que el artículo 15.5 tiene en cuenta para evitar la concatenación de contratos temporales, entre otras circunstancias, el hecho de que se contrate a una misma persona «para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas». La indefinición que existe en el TRLET respecto al concepto de «puesto de trabajo», unido a la existencia, antes de la reforma laboral actual, de distintas «categorías profesionales», creaba problemas de interpretación que ahora quedan subsanados, pues el «grupo profesional», constituido como único sistema de clasificación, agrupa ahora «unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador». Por todo ello, considero que tras los últimos cambios, la prohibición de concatenación afecta ahora a la sucesiva contratación para prestar servicios dentro de un mismo grupo profesional, es decir, solamente podrá celebrarse un segundo contrato temporal, sin que se produzcan las consecuencias de la prohibición de la concatenación, cuando dicho contrato se celebre para desarrollar funciones de otro grupo profesional.

³⁵ Cfr. nueva redacción del artículo 22.4, *in fine*, del TRLET.

³⁶ Cfr. nueva redacción del artículo 34.2 del TRLET.

4.3. Movilidad funcional

Se flexibiliza la posibilidad de que el empresario asigne a los trabajadores funciones inferiores, no correspondientes a su grupo profesional, pues tras la reforma tal posibilidad ya no se vincula a «necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva».

4.4. Movilidad geográfica

La flexibilización en esta materia se ha materializado vinculando las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que deben justificarse en todo caso, a la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como [a] las contrataciones referidas a la actividad empresarial»³⁷. Dicho con otras palabras, basta con que el empresario alegue cualquier aspecto relacionado con estas últimas circunstancias para que pueda proceder a realizar la movilidad geográfica, siempre y cuando se atenga a los requisitos procedimentales establecidos en el propio artículo 40 del TRLET. Con ello se pierde la configuración teleológica requerida con anterioridad a la reforma, en la medida en que antes era necesario que el empresario vinculase las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción a la adopción de una serie de medidas que contribuyesen a «mejorar la situación de la empresa a través de una adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las existencias de la demanda»³⁸. Si de por sí ya resultaba difícil apreciar en sede judicial una relación causal entre las razones alegadas por el empresario y las medidas adoptadas por éste con fines a futuro —por lo que, en último término, la valoración de las medidas adoptadas quedaba siempre al mejor criterio del órgano judicial—, tras barajar las distintas posibilidades para solventar los problemas planteados por el empresario, ahora ni siquiera cabe tal posibilidad.

Con el mismo objetivo de flexibilización, y, en este caso, también de agilizar el procedimiento de traslado colectivo, se ha eliminado la posibilidad de que la autoridad laboral, tras la finalización del período de consultas, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas y sociales de la medida así lo justifiquen, pueda ordenar la ampliación del plazo de incorporación de los trabajadores a sus nuevos destinos y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo, que en ningún caso, sea superior a 6 meses³⁹.

Por último, como consecuencia de la reforma, se introduce en el artículo 40.5 una posibilidad que aunque no se hubiese establecido podría haberse lle-

³⁷ Cfr. nueva redacción del artículo 40.1 del TRLET.

³⁸ Cfr. anterior redacción del artículo 40.1 del TRLET.

³⁹ Cfr anterior redacción del artículo 40.2 del TRLET.

vado a cabo igualmente. En concreto, el precepto mencionado señala ahora, a efectos de permanencia en el puesto de trabajo y evitar el traslado, que «mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos [al margen de la clásica prioridad de los representantes legales de los trabajadores], tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad».

4.5. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

Se ha realizado una modificación idéntica a la realizada en materia de movilidad geográfica, es decir, se ha flexibilizado demasiado el sentido de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, relacionándolas con «la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa»⁴⁰. Con ello, al igual que sucede en la movilidad geográfica, el juez pierde toda facultad de valoración, pues desaparece cualquier atisbo teleológico de las medidas adoptadas por el empresario. Cualquier circunstancia que alegue el empresario relacionada con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa es suficiente para que se materialice la modificación sustancial en las condiciones de trabajo. Ya no es necesario que las medidas que adopte contribuyan a «prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»⁴¹. En resumen, el empresario se convierte en el «amo y señor» de la valoración de las razones que pueden dar lugar a tales modificaciones.

En particular, en lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de modificación sustancial, ahora se menciona expresamente junto al «sistema de remuneración», la «cuantía salarial», lo que, en realidad, no deja de ser tan trascendental, pues es sabido que la enumeración de materias que realiza el artículo 41.1 del TRLET es *numerus apertus*.

En otro orden de cosas, «se simplifica la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas» (Exposición de Motivos). En efecto, conforme a los cambios introducidos por el Real Decreto-ley 3/2012, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se considerará colectiva atendiendo solamente al número de trabajadores de la plantilla afectados, a saber, «se considerará de carácter colectivo la modificación que, en un período de 90 días, afecte al menos a: (a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; (b) el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores; (c) 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores» (artículo 41.2 del

⁴⁰ Cfr. nueva redacción del artículo 41.1 del TRLET.

⁴¹ Cfr. antigua redacción del artículo 41.1 del TRLET.

TRLET). Ello significa que se flexibiliza, a efectos procedimentales, la modificación de condiciones fijadas en pacto colectivo, pues las mismas se considerarán individuales si no afectan al número de trabajadores mencionado. Por su parte, la modificación de las condiciones de trabajo reguladas en convenios colectivos estatutarios pasa ahora a contemplarse en el ámbito de los descuelgues del convenio colectivo⁴². Precisamente, en relación con el procedimiento, también se reduce de 30 a 15 días la antelación con la que el empresario debe notificar a los trabajadores su intención de llevar a cabo una modificación individual⁴³. Además, se incluye la modificación sustancial de funciones y de estructura y cuantía salarial como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización⁴⁴. Por último, la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo que debe ser notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo surtirá efectos en el breve plazo de los 7 días siguientes a su notificación, y no en los 30 días que se establecían antes⁴⁵.

4.6. Suspensión del contrato de trabajo

Con la nueva reforma se agiliza el procedimiento para que el empresario pueda suspender contratos de trabajo, ya que se suprime el requisito de autorización administrativa (ERE suspensivo) y las funciones de la autoridad laboral se limitan a dar traslado de la comunicación del empresario a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a recabar informe preceptivo de la Inspección de Trabajo sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas, así como a informar a la entidad gestora de la prestación por desempleo la decisión del empresario tras el período de consultas. La autoridad laboral solamente podrá impugnar el acuerdo logrado entre el empresario y los representantes de los trabajadores, a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando el acuerdo pueda tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. En resumen, a partir de ahora la autoridad laboral se limitará a velar por el buen funcionamiento de los trámites que el empresario debe desarrollar de cara a suspender los contratos de trabajo.

Además, ahora no se define, ni siquiera por remisión a los artículos 40, 41 o 51, lo que debe entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, lo que aumenta la incertidumbre.

⁴² Por ende, se produce una remisión al artículo 82.3 del TRLET en la nueva redacción que presenta el artículo 41.6 del TRLET.

⁴³ Cfr. nueva redacción del artículo 41.3 del TRLET.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Cfr. nueva redacción del artículo 41.5 del TRLET.

Finalmente, después de tanta flexibilidad, se hace un guiño a la seguridad de los trabajadores, al reconocerles el derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo en los términos establecidos en el artículo 16 del Real Decreto-ley 3/2012. Por el contrario, lo que nuevamente no se entiende es que se regulen medidas de apoyo a los empresarios, principalmente, vía bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, para que procedan a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada⁴⁶.

4.7. Negociación colectiva

No es ninguna novedad que se intente la flexibilidad interna modificando aspectos de la regulación relativa a la negociación colectiva, pues el Gobierno anterior ya procedió a introducir cambios a través del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva⁴⁷. Por ello, el nuevo Gobierno asume la realidad precedente y se limita a avanzar en algunos aspectos, cumpliendo así su objetivo de introducir mayor flexibilidad, o, simplemente, a «retocar» algunos aspectos. Vayamos por partes.

(a) *Eficacia del convenio colectivo (artículo 82.3 del TRLET)*: se generaliza la posibilidad del descuelgue del convenio colectivo aplicable en la empresa, en muchas y muy importantes materias (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del TRLET). Para que el empresario pueda llevar a cabo tales descuelgues es preciso que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En este caso sí se procede a describir cada una de esas causas, y para ello se vuelve a reiterar lo regulado a efectos de los despidos colectivos (*infra* 5.2). Procedimentalmente, el empresario tiene la obligación de desarrollar un período de consultas con los representantes de los trabajadores. Así cuando llegue a un acuerdo con los mismos, éste deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su duración. Hasta aquí todo parece correcto, dado que las empresas deben ser cada vez más dinámicas y flexibles para poder adaptarse con rapidez no ya solamente a los períodos de crisis como los que vivimos, sino que también a las exigencias del mercado globalizado. No obstante, el empresario puede acabar materializando el descuelgue del convenio a pesar de no conseguir un acuerdo con los representantes de los trabajadores, al igual que ocurría tras la reforma del anterior Gobierno respecto a cualquier materia regulada en un convenio colectivo estatutario (aunque con algunos límites respecto a los convenios sectoriales), por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del TRLET. Ciertamente, ello se debe a que las discrepancias entre el empresario y el trabajador siempre podrán trasladarse a la Comisión Consultiva Nacional de

⁴⁶ Cfr. artículo 15 del Real Decreto-ley 3/2012.

⁴⁷ BOE de 11 de junio de 2011, núm. 139.

Convenios Colectivos, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. Además, estos mismos órganos podrán designar un árbitro al efecto. Al respecto, debe matizarse que nos encontramos ante una solución de dudosa constitucionalidad, pues el laudo impuesto en tales supuestos afecta a la libertad sindical y al derecho a la negociación colectiva⁴⁸.

(b) *Concurrencia de convenios (artículo 84.1 del TRLET)*: se mantiene la no afeción del convenio colectivo durante su vigencia, con la excepción de lo que pueda decidirse en los acuerdos interprofesionales. Igualmente, se mantiene la primacía otorgada por la anterior reforma al convenio de empresa. Simplemente se reordena la exposición respecto a la reforma anterior y ahora se impide que se disponga en los acuerdos interprofesionales sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa. En líneas generales, se considera adecuada la prevalencia de los convenios de empresa, por las mismas razones expuestas en el apartado anterior, independientemente de que ello suponga un reto para los sindicatos, dado que las pequeñas empresas se encuentran escasamente sindicalizadas. Obviamente, los sindicatos se sienten más cómodos en los ámbitos en los que rige el criterio de la máxima o quasi máxima representatividad, pero los tiempos han cambiado y, con ello, también las necesidades de las empresas.

(c) *Contenido mínimo del convenio colectivo (artículo 85.3 del TRLET)*: se simplifica bastante respecto a la reforma anterior, sobre todo, en materia de funciones asignadas a la comisión paritaria. A pesar de ello, dicha simplificación debe valorarse positivamente, pues la redacción anterior resultaba excesivamente complicada.

(d) *Vigencia (artículo 86. apartados 1 y 3 del TRLET)*: como novedad se posibilita expresamente que, durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación necesarios negocien su revisión. Asimismo, se establece un plazo máximo de 2 años para negociar un nuevo convenio colectivo una vez que se produzca la denuncia del anterior. Ahora bien, si transcurridos esos 2 años no se acuerda un nuevo convenio, salvo pacto en contrario, se aplicará automáticamente el convenio colectivo de ámbito superior. En relación con el pacto en contrario, a día de hoy, parece poco probable que se produzca, dado que lo normal es que el empresario quiera «suavizar» las condiciones de un convenio anterior elaborado en un período anterior a la crisis. Respecto a las posibilidades de aplicación del convenio superior o de la inexistencia del mismo, se abren las puertas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (en el primero de los casos, obviamente, cuando los contratos de los trabajadores contengan mejores condiciones, en virtud de las incorporaciones realizadas vigente el anterior convenio).

⁴⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *ob. cit.*, p. 64.

(e) *Tramitación del nuevo convenio colectivo (artículo 89.2 del TRLET)*: se elimina la excesiva intromisión del legislador que se manifestaba en la redacción de la reforma anterior, y ahora sólo se regula la obligación de constituir la comisión negociadora del nuevo convenio en el plazo de 1 mes.

5. MEDIDAS PARA FAVORECER LA EFICIENCIA DEL MERCADO DE TRABAJO Y REDUCIR LA DUALIDAD LABORAL

5.1. Suspensión temporal de la aplicación del artículo 15.5 del TRLET

El nuevo Gobierno ha decidido detener la suspensión que el anterior Gobierno había decidido respecto a la norma antiencadenamiento o anticoncatenación de contratos temporales contenida en el artículo 15.5 del TRLET. Se trata de una decisión totalmente lógica, coherente. Es más, razones de seguridad jurídica —debido a las expectativas creadas a los empresarios por la suspensión— justifican que no se haya eliminado la suspensión desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, sino que, por el contrario, se haya establecido una *vacatio legis* de un año, es decir, la suspensión del artículo 15.5 seguirá vigente hasta el 31 de diciembre de 2012, cuando el Gobierno anterior había previsto su vigencia hasta el 31 de agosto de 2013.

Sin lugar a dudas, merece detenerse en la evolución de esta figura, para percatarse de la forma de legislar en España. El Gobierno socialista anunció a bombo y platillo la medida anticoncatenación introducida en el artículo 15.5 del TRLET en la reforma laboral de 2006. Sin embargo, un análisis pausado de la misma evidenciaba importantes fisuras por las que podía dejarse sin aplicación⁴⁹. Posteriormente, en la reforma de 2010, el mismo Gobierno introdujo algunos ajustes en la regla instaurada en 2006⁵⁰, y, finalmente, a través del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, procedió a implementar su suspensión, a escasos cuatro meses de las elecciones generales. Curiosamente, de la lectura de la Exposición de Motivos de esta última norma se deduce el intento a la desesperada de un Gobierno agonizante por descender las elevadísimas tasas de desempleo generadas durante su mandato. Se vuelve a repetir la historia con el mismo Gobierno, pues nuevamente, como sucedió a raíz de la Ley 32/1984, de 2 de agosto⁵¹, se intenta

⁴⁹ Al respecto véase ARRIETA IDIAKEZ, F. J. La reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo. Principales repercusiones en la contratación temporal. En *AL*, 2007, núm. 15, pp. 1797-1806.

⁵⁰ Sobre estos ajustes véase ARRIETA IDIAKEZ, F. J. La reforma laboral de 2010. ¿Qué reforma?. En *Estudios de Deusto*, 2010, vol. 58/2 julio-diciembre, p. 79-81.

⁵¹ BOE de 4 de agosto de 1984, núm. 186. Sin duda, esta reforma pasó a la historia por descausalar la contratación temporal, pues, mientras subsistiesen la crisis económica y las altas tasas de desempleo, se consideró oportuno permitir la celebración de contratos de duración determinada como medida de fomento del empleo. Esta última circunstancia generó en el empresariado español la cultura de la temporalidad, que ha perdurado hasta nuestros días, en perjuicio de la contratación indefinida, pese a que ésta siga siendo la modalidad contractual arquetípica del TRLET.

justificar que más vale un contrato temporal en precario y, por cierto, en fraude de ley, que formar parte de las listas del paro. Ciertamente, esta medida no encaja con la tendencia a incrementar la contratación indefinida que defienden tanto el Gobierno actual como el anterior, e incluso va en contra de la ansiada flexiseguridad, pues con la misma nos quedamos en «flexiprecariedad». De ahí lo razonable de su eliminación.

5.2. Extinción del contrato de trabajo

Las medidas adoptadas en este campo han sido consideradas por los medios de comunicación como las más agresivas de la reforma. Sin embargo, tales medidas merecen un análisis más pausado.

(a) *Despido colectivo (artículo 51 del TRLET)*: se eliminan las parcias referencias que posibilitaban entender equilibrada la decisión extintiva respecto a la situación negativa de la empresa («viabilidad de la empresa», «capacidad de mantener el volumen de empleo», «preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado»). Pero a grandes rasgos se mantienen las tremadamente flexibles definiciones de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en las que debe fundarse la extinción del contrato de trabajo, y que fueron establecidas por el Gobierno anterior⁵². En ese sentido, se introducen dos modificaciones que aumentan más, si cabe, dicha flexibilidad de salida del mercado de trabajo. La primera de ellas se centra en las causas económicas, pues a partir de la reforma, junto a la disminución del nivel de ingresos, se entiende por tal también la disminución de ventas. Además, se matiza que «en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante 3 trimestres consecutivos». Pero de nuevo cabe preguntarse por la cuantía de dicha disminución, más que por la duración de la misma. ¿Dichas disminuciones son suficientes como para hacer dejación del principio de conservación del negocio jurídico? ¿Es así como se pretenden crear más puestos de trabajo? La segunda de las modificaciones se centra en la definición de las causas organizativas, al considerarse tales también los cambios en el modo de organizar la producción.

Por otro lado, con la nueva redacción del artículo 51 del TRLET cambia radicalmente el procedimiento. Ya no es necesaria la autorización de la administración laboral (ERE extintivo) y se repite el esquema ya comentado al analizar las suspensiones de los contratos de trabajo (EREs suspensivos), añadiéndose ahora que «la autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento». Igualmente, se mantiene, en sintonía con la regulación anterior, la posibilidad de que la autoridad laboral impugne «los acuerdos adoptados en el período de consultas cuando estime que éstos se han alcanzado mediante fraude,

⁵² Definiciones que no sirven para justificar que la empresa deje de obtener los suficientes beneficios como para mantener puestos de trabajo.

dolo, coacción o abuso de derecho». En suma, puede concluirse que la eliminación de las facultades de control de la autoridad laboral (el ERE en sí) en materia de despidos colectivos agiliza los trámites del despido, y conduce directamente su enjuiciamiento al orden jurisdiccional social⁵³. Lo que sucede es que las definiciones excesivamente amplias de las razones que justifican la extinción, sin vincularlas a ninguna finalidad lo suficientemente clara como para que el juez valore el equilibrio que debería existir entre el despido y la situación de la empresa echa por tierra las virtudes de la agilidad del procedimiento.

Finalmente, la seguridad, en contraposición a la flexibilidad, se manifiesta en la obligación de «ofrecer a los trabajadores afectados un plan de reubicación externa a través de empresas de recolocación autorizadas»⁵⁴, que se impone a las empresas que lleven a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores.

(b) *Despido objetivo (artículo 52 del TRLET)*: son dos las modificaciones que se introducen en esta materia. Por una parte, se apuesta, con claridad, por la obligación que corresponde al empresario de «ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas» (letra b). Por otra parte, respecto al absentismo se elimina el requisito del absentismo total de la plantilla (letra d).

(c) *Improcedencia del despido (artículo 56 del TRLET)*: se simplifica la estructura de este artículo debido a que se ha eliminado el denominado «despido exprés» que se contenía en su apartado segundo, y que consistía en que el empresario podía reconocer automáticamente la improcedencia del despido, ofreciendo la indemnización legalmente establecida (depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste), con la ventaja añadida de que quedaba liberado del pago de los salarios de tramitación si procedía al depósito de la indemnización en el plazo de 48 horas siguientes al despido. En principio, la eliminación de esta posibilidad parece razonable, puesto que a través de la misma se ocultaban verdaderos despidos por causas económicas, sin necesidad de alegar y probar una causa cierta para la terminación del contrato de trabajo, con la ventaja de poder evitar el pago de los salarios de tramitación⁵⁵. Sin embargo, el alcance de dicha eliminación puede quedar en papel mojado, al limitarse el pago de los salarios de tramitación a los supuestos en los que, tras la calificación de improcedente de un despido, el empresario opte por la readmisión (salvo que el despedido sea un representante legal de los trabajadores, pues en este caso, si dicho trabajador opta tanto por la in-

⁵³ Al respecto véase BLASCO PELLICER, A. La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social. En VVAA. *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 3/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 194 y ss.

⁵⁴ Cfr. nueva redacción del artículo 51.10 del TRLET.

⁵⁵ Sobre el éxito entre los empresarios de la extinción descausalizada mediante el mecanismo del artículo 56.2 del TRLET véase ESTEVE SEGARRA, A. *El despido exprés. La limitación de los salarios de tramitación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 16-20.

demnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación)⁵⁶. La polémica está servida con esta medida de no abonar los salarios de tramitación cuando el empresario opte por no readmitir a los trabajadores despidos. De hecho, se ha planteado una cuestión de constitucionalidad al respecto⁵⁷, pese a que parte de la doctrina aboga por su constitucionalidad⁵⁸.

Por otra parte, la indemnización por despido improcedente pasa a ser de 33 días por año trabajado, con el tope de 24 mensualidades, en lugar de los 45 días por año trabajado, con el topo de 42 mensualidades, que se preveía con anterioridad. Como se ha comentado anteriormente (*supra* 3.1), se generaliza expresamente lo que en la práctica ya venía practicándose tras la universalización subjetiva operada por el anterior Gobierno respecto al ámbito de aplicación del extinto contrato para el fomento de la contratación indefinida⁵⁹.

5.3. Fondo de Garantía Salarial

Tras la reforma se modifica el criterio por el que hasta ahora el FOGASA se hacía cargo de parte de los costes de los despidos por causas económicas. A partir de ahora asumirá el pago de 8 días de salario por año de servicio en los supuestos de despidos colectivos y objetivos procedentes en empresas de menos de 25 trabajadores, pero solamente respecto a los contratos indefinidos⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. nueva redacción de los apartados 2 y 4 del artículo 56 del TRLET.

⁵⁷ Vid. Auto del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de 16 de abril de 2012 (rec. 161/2012).

⁵⁸ Véase SEMPLER NAVARRO, A. V. La eliminación de los salarios de tramitación y su ajuste constitucional (2002 y 2012). En *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, núm. 2. (BIB 2012/622).

⁵⁹ Para el cálculo de las indemnizaciones por despidos improcedentes posteriores a la reforma realizada por el Real Decreto-ley 3/2012 pero que afectan a personas contratadas con anterioridad a dicha reforma debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Disposición Transitoria 5 de dicha norma.

⁶⁰ Cfr. nueva redacción del artículo 33.8 del TRLET.

Las profesiones liberales y la Seguridad Social

Victor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

Recibido: 19.05.2011

Aceptado: 30.11.2011

Resumen: En el presente artículo se hace un análisis de la seguridad social en España haciendo referencia a su regulación y protección brindada a nivel constitucional y a su evolución histórica. De igual forma se menciona la situación de los abogados por cuenta ajena y por cuenta propia.

Palabras claves: *Seguridad Social, Constitución, Abogados, relación laboral.*

Abstract: *This article provides an analysis of social security in Spain with reference to the regulation and protection provided under the Constitution and its historical evolution. It is also mention the situation of self-employment lawyers and to the lawyers who works to others.*

Key words: *Social Security, Constitution, Lawyers, Labour relation.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Examen de la protección constitucional.—3. Abogados por cuenta ajena. 3.1. Abogado por cuenta ajena con relación laboral especial. 3.2. Abogado por cuenta ajena con relación laboral común.—4. Abogados por cuenta propia. 4.1. Los profesionales colegiados que ejercen la actividad por cuenta propia de forma personal, habitual y directa. 4.2. Los profesionales colegiados que ejercen su actividad a través de Sociedades profesionales. Disp. Adicional 5^a Ley 2/2007.—5. El abogado Público. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La protección social frente a los siniestros colectivos de ámbito profesional siempre se trató de alcanzar por todos los miembros de una sociedad, aunque unos lo hicieran con mejor fortuna que otros menos favorecidos por la muerte individual o colectiva. De ordinario, son los grupos más cultos y próximos al poder, no coyuntural, quienes idean y traducen la realidad de su tiempo aquel anhelo, lo que ciertamente tiene una aparición en la evolución de la historia social realmente remota, al menos en comparación con el origen de la protección social organizada ofrecida a los menos favorecidos cultural y económicamente hablando. Efectivamente, esta última no tendrá un encaje normativo sino tras el impulso general que alcanza la protección social de “las clases menesterosas” tras la expansión de las fuerzas motrices que alentaron el movimiento de ruptura con toda una etapa histórica como la representada por el medioevo, hecho definido en la Revolución Francesa.

Por el contrario, la protección frente al riesgo social había sido objeto de acogida por el ordenamiento romano para quienes no adolecían de menester alguno, al menos de índole insuperable, destinando su riqueza marginal a la cobertura de su patrimonio a través de fórmulas de protección indiferenciada, que, insuficientes para los grandes núcleos de población, sirvió a las castas profesionales adecuadamente, para obtener un equivalente económico suficiente.

Así, con fórmulas basadas en la solidaridad o en la ayuda mutua surge el papel protagonista de grupos o entes inicialmente naturales, que son desplazados por otros, poco a poco, de corte profesional fijando el más remoto origen de los Colegios profesionales o *Collegia*, a que el asociacionismo romano da lugar, a través de los *artificium vel oficium* o temviiores con una clara finalidad mutualista, de la que serían herederos los primeros Montepíos que fueron, en su día, instituidos, ya, bajo el aliento estatal, pero totalmente secularizados y subvencionados económicamente por el propio Estado, pero no para la masa de la población más deprimida, sino para actividades profesionales de altos ingresos –Militar, Ministerios, Reales Oficinas. Correos y Caminos, Real Armada, Corregidores, Alcaldes Mayores, etc.– es decir, para altos funcionarios.

Esta tendencia se ha mantenido, pese a la generalización y universalización de la Seguridad Social, a la que ha llegado por vía de la deslaborización progresiva, pese a la cual los grupos económicos de mayor capacidad auto-protecciónista han buscado mecanismos de cobertura paralelos o complementarios a los ofrecidos por el sistema de la Seguridad Social, o, en algún caso, han tratado de reforzar, mantener o constituir, una situación de privilegio a través de la instauración de un Régimen especial peculiar.

No resulta inusual, en ningún sistema de Seguridad Social, este panorama, si bien es cierto que en los continentales, de financiación de corte contributivo y de origen latino han proliferado más estos intentos que en un principio han tratado, no siempre solidariamente, de buscar una protección especialmente cualificada y, en último grado, han buscado mecanismos de inserción en el Sistema General, de forma complementaria o sustitutoria, que hiciera encajable la innecesidad en la búsqueda de fórmulas de análisis que permitieran examinar su real capacidad contributiva.

La tendencia histórica en la formación del campo de aplicación del Sistema Español de Seguridad Social, exige detenerse en el examen de su estructura pre-constitucional y post-constitucional, aunque ambas estén ligadas directamente al proceso de transformación de la población activa.

Según señala el profesor Amando de Miguel, son de destacar los siguientes fenómenos:

- Proletarización creciente de la población activa, matizada, en sus últimas fases, por los procesos adicionales de industrialización y terciarización.
- El estancamiento del sector primario, por su desfase con las nuevas técnicas de racionalización y modernización, propios de la fase de reconversión de la producción capitalista.

- La paulatina mayor inseguridad económica de las “viejas clases medias”, como consecuencia de los nuevos detentadores de la fuerza de concentración del capital.

Las primeras manifestaciones de protección social, habían delimitado un mecanismo clasista, típico de la fase de aislamiento institucional de la industria, y lo que a partir de la década de los años 20 significó un rezagamiento para algún sector como el agrario, provocada para otros grupos profesionales, la desvinculación de éstos de los mecanismos de protección fijados para la industria y los servicios. A los Trabajadores de la mar, en ese camino, les seguirían los Socios de cooperativas de producción (con un complejísimo vaivén de inclusiones y exclusiones), el Servicio doméstico y los Funcionarios públicos, de forma similar a otros grupos en los que “la especialidad” es el resultado de la irreductible resistencia funcional del colectivo frente a las técnicas de protección de los trabajadores asalariados, como los Estudiantes, o los Trabajadores Autónomos.

Estas tardías incorporaciones, o los rechazos aún no justificados en la inserción de algún sector, ha supuesto incrementar los costes del régimen general, que, en nuestro país, con una inercia constante de superávit, ha resuelto a través de una presión sobre sujetos obligados y responsables, injustificada en el orden de! derecho comparado, los graves déficit continuamente arrastrados por los Regímenes especiales, en un ambiente poco propicio para dejar de poner en duda si no son los sujetos del Régimen general quienes soportan su propia carga, la de los pasivos y la de los restantes colectivos del sistema, o si no es a cambio de esta transferencia de cargas hacia el trabajador por cuenta ajena como se ha logrado la ampliación del Campo de aplicación del Sistema.

En las Leyes básicas del sistema especial, no se articulan instrumentos suficientemente eficaces para procurar, la unidad, a medio, o largo plazo. El ambiguo deseo de homogeneidad de los Regímenes especiales con el Régimen general, expuesto en el art. 10.3 y 4 de la Ley de la Seguridad Social, no demuestra sino la enorme timidez de un legislador desbordado por un futuro, que, en este punto, no se presentaba, en verdad, con gran incertidumbre. No es, desgraciadamente, anecdotico que la posibilidad de que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo, procurase la integración en el Régimen General de cualesquiera de los Regímenes especiales, sólo fuera utilizada con la incorporación inicial al Régimen general de los funcionarios de la Organización Sindical.

El vehículo más poderoso para la aproximación progresiva del Régimen general y los Regímenes especiales es en teoría el establecimiento de unas normas generales del Sistema, como exigía el título I de la Ley de Bases. Pero ese vehículo no será nada si no se establece un nuevo mecanismo de financiación en los Regímenes especiales, abandonando cómodas fórmulas de obtención de recursos que se han desentendido, por completo, de la capacidad contributiva de sus componentes.

En este punto no deja de ser revelador el hecho de que se fuerce el aumento de las cotizaciones en el Régimen general, para mantener un superávit, que permita, por vía de las transferencias a los Regímenes especiales, seguir siendo el verdadero sostén de éstos, aún a pesar de que la pretendida insuficiencia de autofinanciar algunas de ellas no deje de ser sino un simple tópico.

Evitar el crack a que está abocado nuestro sistema financiero empieza por exigir una normativa que permita analizar la capacidad contributiva real de todos y cada uno de los asegurados, atendiendo al parámetros de análoga naturaleza y de equivalente intensidad recaudatoria, desecharando definitivamente simplistas mecanismos de obtención de recursos para importantes colectivos de altos niveles de recursos, bajo la excusa de que una estructuración diferente exigiría la fijación o el establecimiento de unas arterias de inspección harto complejas.

Resulta insostenible el actual estado de cosas en donde dentro del Régimen general se sigue atendiendo el caudal de recursos obtenidos por el asegurado en un período de tiempo no superior a un mes, al margen del nivel patrimonial del mismo, con lo que los trabajadores por cuenta ajena son objeto de tributación por unas bases de cotización proporcionales directamente a sus salarios, y que por lo que respecta a regímenes como el de Autónomos se acuda a una cuota ideal fijada por vía de previsiones actuariales, sin tener en cuenta para nada el incremento de rentabilidad obtenido por la actividad del propio asegurado, en un período de tiempo determinado. Con esto, se perpetúan los desajustes económicos y se evita la fijación de unos criterios impositivos uniformes.

Carece de sentido tanto que el titular de una importante cadena joyera tribute igual que un pequeño comerciante individual, y éste su vez, lo mismo que el propietario de una floreciente farmacia, como carece igualmente de sentido el que grandes colectivos de alta capacidad contributiva queden, por intereses de entes mutuales propios, fuera de la acción protectora y recaudadora de la Seguridad Social.

Ahora bien, en este punto y tocante al último extremo se hace preciso determinar cual sea el alcance de nuestro régimen complementario, a la vista del art. 41 de la Constitución, al igual que resulta indispensable precisar cual sea la consecuencia necesaria derivada de la naturaleza jurídica de la relación jurídica básica de Seguridad Social, así como de las instrumentales de afiliación, cotización y protección. En torno a esto, se podrá admitir o rechazar el hecho de que las actuales Mutualidades de las profesiones liberales, puedan seguir manteniendo la integración obligatoria en su seno de todos los colegiados. Igualmente se podrá admitir o rehusar el dato de la integración necesaria de tales colectivos en la Seguridad Social, en cuanto que integrados por ciudadanos susceptibles de sufrir daños patrimoniales, provocados por riesgos o contingencias que sean causas secundarias o primarias de estados de necesidad, recogidas dentro de la Acción Protectora de la Seguridad Social y, todo ello al margen de hipotéticas o aparentes dificultades económicas que inicialmente pudieran darse en tal sistema.

Por último y a la vista de la respuesta dada a las dos cuestiones anteriores, sería posible señalar qué alcance tendría la Acción protectora del Mutualismo colegial y en qué medida podrían acceder a los diversos estrados de la Seguridad Social.

Así pues, tres son las cuestiones que pasamos a analizar. Primero: carácter de la integración voluntaria u obligatoria a las Mutualidades Colegiales de las profesiones convencionalmente consideradas como liberales; Segundo: encuadramiento de dichos colectivos en el seno del Régimen especial de autónomos dentro del sistema vigente de Seguridad Social; Tercero: alcance de la acción Mutual colegial en el seno de la gestión de la Seguridad Social y posible intervención de aquélla en ésta.

La primera cuestión debe plantearse necesariamente al amparo del examen de la relación jurídica de Seguridad Social, en conexión con los parámetros de protección que ofrecen los diferentes estratos de la norma constitucional.

Para ello comenzaremos a analizar la relación jurídica básica de Seguridad Social, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, al objeto de poder llegar a la conclusión positiva o negativa referente a la existencia en ella, en su caso, de elementos voluntaristas que permitieran una no obligatoriedad de las relaciones jurídicas instrumentales. Esto es, si sería posible, dentro del marco de protección pública una Cotización no obligatoria o una Afiliación pactada, con factores de sinalagmaticidad o reciprocidad y por ende aplicación o no del art. 1124 del Código Civil. Ello significaría, en el caso de entender que no es posible tal encaje el que siendo la relación jurídica de Seguridad Social no sinalagmática, la asistencia y prestaciones complementarias, a que se refiere el art. 41 de la Constitución, son el único ámbito voluntarista de posible estructuración protectora con mecanismos de previsión social y, por tanto, dado el referido carácter, no será posible la integración obligatoria en los antedichos Colegios profesionales, puesto que los Colegiados en esa área, podrán aceptar o no la integración mutual correspondiente.

Así las cosas, es preciso examinar, en detalle, tales extremos para finalmente sentar las correspondientes conclusiones.

La relación jurídica de Seguridad Social, en conexión a la relación jurídica de seguros privados, tiene en común el tratarse de relaciones jurídicas de trato sucesivo, onerosas y aleatorias, pero las distinguen, como diferencias fundamentales, el que en el aseguramiento privado existe, entre el pago de la prima y el pago de la indemnización, una sinalagmaticidad pura, por lo que le es aplicable a la misma, de forma directa, el contenido del art. 1124 del Código Civil.

Frente a esto, para con respecto a la relación jurídica básica de Seguridad Social, caben dos interrogantes:

1º. ¿Existe o no sinalagmaticidad?

2º. ¿Cuántas relaciones componen la relación jurídica básica de Seguridad Social?

Como respuesta ha habido una triple división doctrinal. Las dos primeras posiciones, admiten la gestión privada; la tercera la niega rotundamente.

A fuerza de sinceros, hay que reconocer que la primera postura doctrinal, en la que se partía de la existencia de sinalagmatischeidad en la relación jurídica de Seguridad Social, se encuentra hoy parcialmente desechada como consecuencia del intervencionismo del principio de automaticidad de prestaciones.

La segunda posición doctrinal reconoce que no existe sinalagma funcional, precisamente por vía de la aceptación del principio de automaticidad de prestaciones, pero que sí se da un sinalagma genérica. Esta posición es la defendida por Venturi, Canella y Donati.

La tercera posición reconoce no existir sinalagma, en ningún caso.

En el seno de la relación jurídica de prestaciones, según esta postura, aparece una mera función asistencial, derivada del cumplimiento de un Servicio público. En la relación jurídica de cotización se da una función tributaria consecuente de la cuestión financiera propia de la mecánica contributiva de un sistema de Seguridad Social como el nuestro.

Es evidente que esta es la postura parcialmente acorde con nuestro ordenamiento jurídico, ya que las relaciones instrumentales de afiliación, cotización y prestaciones, quedan parcialmente al margen de la intervención privada.

Igualmente, parece obvio que las áreas que afectan a la política nacional sólo admiten una intervención gestionaria privada limitada (protección a la familia, asistencia sanitaria o desempleo).

No cabe admitir, que en todos los casos el cumplimiento de la obligación de cotizar dependa del cumplimiento previo de la obligación de prestaciones y a la inversa.

Ciertamente en nuestro ordenamiento, es posible que, aún a pesar de haber habido cotizaciones, no nazcan prestaciones. Igualmente, es posible que las Entidades Gestoras puedan ser beneficiarias.

Además, nacen prestaciones en base de las cotizaciones imaginarias, con arreglo a la sentencia en interés de ley que admite que se compute, no la cotización ingresada, sino la cotización devengada. Por ello, el Reglamento General de Prestaciones, generaliza el principio de automaticidad en concordancia con el nivel de protección suficiente de la Constitución, sin que sea válido dar carácter constitutivo a la afiliación y al alta, pues va en contra de lo que dispone el art. 15 de la Ley de la Seguridad Social.

Siguiendo esta corriente doctrinal, se sustituye por el principio de correlatividad el de equivalencia, por ser un negocio oneroso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1274 del Código Civil, como señala Betti, ya que como se dice en dicho precepto se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa, o de un servicio, por la otra.

2. EXAMEN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La relación jurídica básica de la Seguridad Social, ha de tener su encaje en el art. 41 de la Constitución y, del mismo, deducir el ámbito de la gestión

pública frente a la gestión privada. Dicho precepto recoge, a nuestro entender, el principio de la garantía institucional, así como la irreversibilidad de las normas en materia de Seguridad Social. Ello es evidente, si se analiza, respecto a la llamada por la doctrina alemana “línea de la garantía institucional”; las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la pretensión de la Generalidad de Cataluña, de suprimir las competencias de las Diputaciones Provinciales. Por lo demás, es evidente, en cuanto al segundo tema, que el art. 41 alude a la palabra “mantendrán” la que debe de enlazarse con un nivel de protección “suficiente. O el actual nivel de protección es suficiente o es insuficiente. Si lo primero, no tiene más remedio el poder público que conservar tal nivel. Si lo segundo, el nivel tendrá que ser mejorado, pero nunca reducido.

Por lo expuesto, es evidente que la interpretación del Profesor Persiani al art. 38 de la Constitución italiana (antecedente próximo de nuestro art. 41), es válida para nuestra norma suprema. El art. 41 recoge el principio de irreversibilidad de la norma en materia de Seguridad Social y, por lo tanto, toda reforma de la Seguridad Social de cara al futuro, tiene que verificarse bajo dicho prisma.

En base a ello, puede determinarse que la integración obligatoria de los Colegiados en las Mutualidades de previsión de los Colegios de las profesiones “liberales” no puede ahora ser obligatoria con carácter absoluto.

Por lo demás recuérdese que ya el art. 8 de la Ley de la Seguridad Social prohibía la afiliación múltiple obligatoria, de modo que los colectivos que pertenecieran por una de sus actividades a la Seguridad Social (médicos, ingenieros en general, etc ...) no podían ser objeto de obligatoria integración en aquellas Mutualidades, lo que pese a la claridad de la norma debe significarse que se ha observado una actitud totalmente reacia a la aceptación de tal disposición, según la cual las personas comprendidas en el Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, no podrán estar incluidas, por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión distintos de los que integran dicho sistema. Los sistemas de previsión obligatoria distintos de los regulados en esta Ley, que pudieran tener constituidos determinados grupos profesionales, se integrarán en su Régimen General o en los Regímenes Especiales, según proceda, siempre que resulte obligatoria la inclusión de los grupos mencionados en el campo de aplicación de dichos regímenes”, lo que se salva si se admite una integración opcional.

Respecto del encuadramiento de dichos colectivos en el seno del Régimen especial de autónomos, dentro del sistema vigente de Seguridad Social (segunda de las cuestiones comentadas), debe de observarse que si no cabe la obligatoriedad en la integración en el Sistema mutual colegial, el sujeto no queda suficientemente protegido, mientras que la Constitución sigue proclamando el derecho de todos los ciudadanos a la protección suficiente, frente a las situaciones de necesidad dentro de un Régimen público, por lo que si no se desea perpetuar un área de desigualdad, eliminados los obstáculos que ofrecía el ordenamiento, parece obvio pensar que al igual que se produjo la inte-

gración en aquel Régimen especial a los farmacéuticos, veterinarios, etc... debe de procederse a la absorción de estos de forma opcional.

El Tribunal Constitucional ha señalado, a este respecto, en el recurso de amparo 87/82, seguido a instancia de la doctora Pérez Puchalt, impugnando la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10-2-82, por la que se denegó la afiliación de dicha Sra. en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social que:

“El asunto que mediante la presente sentencia se resuelve, permite un doble tratamiento, pues desde un ángulo o punto de vista puede ser contemplado como un problema de legalidad ordinaria, mientras que desde otro ha de ser mirado en su relación con la Constitución y con los derechos fundamentales reconocidos en ella y por ella protegidos mediante la institución del recurso de amparo. Los planteamientos que contemplan de manera directa la legalidad ordinaria, a nosotros sólo nos pueden interesar en la medida en que condicionen el planteamiento del problema en el plano constitucional, hay que destacar que el presente asunto se plantea porque la recurrente, que es médica de profesión, pretende acogerse al régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos inicialmente el art. 7º de la Ley General de la Seguridad Social, exigió para la inclusión en la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el que figuraran integrados como tales en el sindicato a que correspondiera su actividad. Según la tesis mantenida en este asunto por la Magistratura de Trabajo nº 7 de Valencia, tras el art. 28 de la Constitución debe entenderse desaparecido el impedimento legal contenido en el art. 7 de la Ley General de la Seguridad Social, pero no ha quedado modificada la potestad del Gobierno para disponer la incorporación por grupos o conjuntos al sistema de Seguridad Social de trabajadores autónomos, ni la de condicionar tal incorporación, en aquellos casos a que el ejercicio profesional de los trabajadores en cuestión esté subordinado a la incorporación a un Colegio o asociación, a que la decisión la tomen los órganos de estas Corporaciones, de suerte que la incorporación a la Seguridad Social sea siempre colectiva y nunca individual y sea decidida por el Gobierno, previo acuerdo, cuando los conjuntos o grupos de trabajadores se encuentren necesariamente colegiados o asociados para llevar a cabo su ejercicio profesional, de los órganos rectores de tales Corporaciones con vigencia para toda la profesión”.

No es posible hablar de una lesión del art. 25, que establece el principio de legalidad de los delitos y de las infracciones, así como de las penas y de las sanciones, que obviamente no es aplicable al caso que debatimos, donde en modo alguno hay sanción o penalidad, pues no se ha privado a la demandante por vía de pena de un preexistente derecho.

Tampoco puede decirse que exista en nuestro caso violación del art. 28 de la Constitución. El mencionado precepto consagra la libertad sindical ne-

gativa, que se define expresamente con la gráfica fórmula de que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato. Sin embargo, de ello no se puede extraer la consecuencia de que el derecho reconocido por el art. 28 de la Constitución, impida que el legislador atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindiquen.

Para la afiliación en el Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, el art. 3º del Real Decreto de 20 de agosto de 1970, tras la modificación introducida por el Decreto de 24 de octubre de 1980, en relación con aquellas profesiones para cuyo ejercicio es necesaria una colegiación o asociación, exige, además de la decisión gubernamental, el acuerdo de los organismos corporativos de la profesión, lo que establece obviamente una diferencia de trato jurídico entre este conjunto de trabajadores, a que pertenece la demandante, y todos los demás.

Se trata de determinar si el trato que reciben los trabajadores autónomos, que necesitan para su ejercicio la incorporación colegial o asociativa, y los demás trabajadores autónomos, está o no justificada en orden a su afiliación a la Seguridad Social.

La doble coordenada de la sujeción obligatoria y de fa colectiva, que fue establecida en el Régimen especial de los Trabajadores Autónomos en los términos que resultan de los artículos 32 y concordantes de Derecho 1530/1970 no ha desaparecido en el Real Decreto 2504/1980. La sujeción obligatoria se sigue manteniendo en la nueva redacción del artículo 3º, tanto para los trabajadores por cuenta propia o autónomos que puedan denominarse genéricamente así, como para los trabajadores de este tipo que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un colegio o asociación profesional.

La inclusión obligatoria y colectiva se dispone por Orden Ministerial y se hace a propuesta o solicitud de los órganos representativos. del colegio o asociación profesional, lo que supone la voluntad del conjunto expresada democráticamente (art. 36 de la Constitución) que constituye el presupuesto que legitima la incorporación colectiva y obligatoria; pues, como hemos dicho, la naturaleza de! sistema de la Seguridad Social exige que la sujeción sea obligatoria y colectiva, ya que, en otro caso, de admitirse la inclusión individual, se alteraría fundamentalmente esa naturaleza y se distorsionaría el sistema de financiación y cobertura de riesgos, salvo que se admitiese la integración opcional.

La diferencia de trato, lejos de ser arbitraria y por ende discriminatoria, tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos como son, por una parte los derivados de la naturaleza del Sistema de la Seguridad Social y por otra, el hecho de que la incorporación al régimen de la misma de los distintos grupos de trabajadores, ha sido y es, necesariamente gradual y constituye una opción política legítima al posponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla él una previa negociación con el respectivo Colegio profesional.

Desde un punto de vista jurídico, parece obvio que el art. 7 de la Ley de la Seguridad Soda 1, ya no pone obstáculo alguno a la integración en el seno del Sistema de la Seguridad Social, puesto que la afiliación no puede hoy ser obligatoria, lo que precisamente ha sido entendido así por la propia entidad gestora, cuando ha venido a considerar integrables a otros colectivos de profesionales como los antes mencionados: veterinarios-farmacéuticos, debiendo optarse por la integración opcional.

Podrán en principio los Colegios, como conjunto, negarse a adoptar la decisión de incorporación en bloque al Sistema de la Seguridad Social, o bien, podrán tomar un acuerdo negativo, más la primera postura y la segunda no deben ser atendidas, ya que de ser tomadas como válidas, ha de atenderse la situación creada en consecuencia para el colectivo. En un primer caso, dicho colectivo podría venir continuando bajo la obligación de integración, en un régimen mutualista colegial obligatorio. Ello hemos visto que resulta nulo. En un segundo caso, dicho colectivo con la sola capacidad de integración voluntaria en el ente Mutualista colegial, podría dar lugar, de hecho, a la existencia de ciudadanos sin protección social frente a los estados y situaciones de necesidad que le son propios.

El acuerdo de la Administración, desaparecido el obstáculo jurídico, no puede ser sino conforme con la petición individual de integración en el régimen especial correspondiente, pues un acuerdo denegatorio, sin base jurídica, iría, de hecho, a dejar sin la mínima protección que la Constitución ofrece a los ciudadanos respecto del peticionario.

En cuanto a la tercera cuestión, esto es, la determinación del alcance de la acción Mutual colegiada en el seno de la gestión de la Seguridad Social y posible intervención de aquélla en ésta, se hace preciso examinar las siguientes cuestiones: Jurídicamente no es posible reducir el actual nivel de protección. En este extremo, es preciso detenerse para fijar cuales sean los verdaderos niveles que recoge el artículo 41 en cuanto a la protección de nuestro sistema de Seguridad Social y en función de la mayor o menor capacidad de acción de la gestión privada en tal sistema.

El art. 41 de la Constitución, tiene, en este extremo, sus orígenes en el art. 36 de lo que, con terminología zafia, se denominó segundo borrador. En este punto, da máxima luz la discusión parlamentaria que se llevó a cabo el 12 de julio de 1978, entre los señores Ciriaco de Vicente y Licinio de la Fuente. El quid de la cuestión, en cuanto a la acción privada en el seno de la Seguridad Social, viene dado por el último inciso, que no párrafo, del art. 41 que dice: "la asistencia y prestación complementaria, serán libres". Por paradójico que parezca, tal inciso se debe a la enmienda presentada por el grupo socialista en el Congreso.

En base a tal exposición, se pueden reconducir los niveles de! sistema de Seguridad Social a los siguientes:

Un primer nivel ajeno al sistema de la Seguridad Social, en el que se establecerá una protección por el Estado, equivalente al llamado mínimo de sub-

sistencia, que puede quedar articulado a través de una protección básica o por vía de la fórmula del impuesto negativo sobre la renta.

Un segundo nivel mínimo del sistema de la Seguridad Social, en el cual las prestaciones tendrán que ser suficientes con arreglo a lo expuesto, que hay que ponerlo en equivalencia con el art. 35 de la misma Constitución, que alude a remuneraciones suficientes y pretende que estemos en un sistema contributivo en el que se ha de producir una equivalencia en el triángulo salario-cotización-prestación.

Un tercer nivel complementario-obligatorio que estará enlazado con el tope que marca el régimen público de Seguridad Social. En ese extremo, es indispensable hacer una consideración: el nivel complementario-obligatorio es absolutamente factible y entra de lleno en una solución acorde con el contexto del ordenamiento jurídico. Las prestaciones complementarias tienen en el mismo una definición precisa, que no tiene nada que ver con la intervención de la iniciativa privada. Así, la Ley básica de empleo reguló en un principio, en el Capítulo 3º, las llamadas prestaciones complementarias que no pueden ser otras que las que entrarían dentro de este nivel.

Y un cuarto y último nivel complementario-libre. El inciso final del art. 41 fue malamente copiado del antes referido art. 38 de la Constitución italiana. Sin embargo, dicha Constitución es, en este extremo, más claro. Allí se dice: “asistencia y prestaciones voluntarias serán libres”. En este punto, por lo tanto, hay que establecer que nuestro inciso final del art. 41 no significa, ni más ni menos, que un último nivel complementario-voluntario, en el que es posible una actuación de la iniciativa privada amplia, dado que la relación jurídica que servirá de base a tal protección, será sinalagmática y recíproca a diferencia de lo que sucede en la relación jurídica básica del 1º, 2º y 3º nivel.

Evidentemente, lo que no es posible es mantener o restaurar una Red anárquica de gestoras públicas o privadas, con superposición de funciones, acciones y actuaciones descontroladas.

Todo lo hasta aquí expuesto viene a ser conforme y coincide con la teoría del Consejo de Estado francés del Gestor privado de intereses públicos, en el sentido de facultar a un ente privado para la intervención en un servicio público.

Si queremos hablar de la Seguridad Social de los abogados, es absolutamente imprescindible partir de la forma en la que se acometa por los profesionales la forma de afrontar su ejercicio, pues a nadie se les escapa que tan noble tarea se puede afrontar, sin desmerecer ninguna de ellas, desde la valentía del emprendedor autónomo o desde la seguridad, entre comillas, del trabajador por cuenta ajena, público o privado.

Una u otra opción determinará inicialmente qué régimen acogerá, en su ámbito subjetivo de aplicación, al abogado, en unos casos el Régimen General de la Seguridad Social y en otros el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sin olvidar su régimen alternativo de previsión social constituido por la Mutualidad de la Abogacía.

Sirva, como resumen, el que se recuerde, que existen dos sistemas alternativos que atienden la previsión social de los Abogados ejercientes, uno de ellos, la Mutualidad de la Abogacía, y el otro, dentro del público de la Seguridad Social.

Históricamente, el sistema mutual era el único al que tenían acceso los Abogados ejercientes. No se debe perder de vista que desde antiguo los profesionales liberales se habían planteado la necesidad de autoprotegerse ante los imponderables a los que se veían sometidos. Los primeros precedentes apuntan a las edades antiguas, donde griegos y romanos habían desarrollado sociedades de socorro mutuo, que, con el discurrir del tiempo, se convirtieron en las tres instituciones fundamentales de previsión que arrancaron en la Edad Media y llegaron hasta la Moderna: los Gremios, las Hermandades de socorro y los Montepíos.

La Mutualidad General de Abogados de España, tiene su origen en el año 1948, pasando a denominarse Mutualidad General de la Abogacía de España, a partir del 19 de julio de 1951.

Con el tiempo y como veremos a continuación, los Abogados se podrán acogerse a uno u otro de estos sistemas, dependiendo, como se ha anticipado, de que realicen su actividad profesional por cuenta propia o por cuenta ajena. Es más, es posible que se simultáneen ambos sistemas de protección.

3. ABOGADOS POR CUENTA AJENA

El Licenciado en Derecho, inscrito en un Colegio profesional, que presta sus servicios profesionales para otro Abogado en ejercicio, lo puede realizar bajo un contrato de arrendamiento de servicios, sometido al ordenamiento civil, o a través de un contrato por cuenta ajena de carácter laboral, sometido al ordenamiento laboral, cuya calificación jurídica de dicha relación será laboral, en tanto concurran las notas esenciales previstas en los art.1-1 y 8-1 del Estatuto de los Trabajadores, es decir cuando de forma voluntaria se presten servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, denominada empleador o empresario; cuando no concurran dichas notas diferenciales, el contrato habrá que considerarlo como civil, generalmente de arrendamientos de servicios.

Si la relación es laboral y se corresponde con la de un abogado dentro un Despacho, estará sometida a su regulación específica, según lo dispuesto en el RD 1331/2006, de 16 de noviembre, pero si se es Licenciado en Derecho, no dado de alta como ejerciente, o si se presta la actividad como abogado para una empresa o entidad pública o privada, que no tengan el carácter de Despacho de abogados, la naturaleza jurídica de dicha relación, vendrá dada, igualmente, por la concurrencia o no de los requisitos de ajeneidad y dependencia establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, en cuyo caso se tratará de una laboral común que, necesariamente habrá de regularse por las normas comunes del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto que el RD 1331/06 solo regula una relación laboral de carácter especial cual es la de los Abogados entre si,

a través de un llamado Despacho profesional, quedando fuera de dicha regulación especial otras relaciones jurídicas.

Así pues dos son, fundamentalmente, los profesionales con los que en el ejercicio de la abogacía nos podemos encontrar, dentro de un contrato de trabajo, 1) el que presta servicios para una empresa, ejerciendo la abogacía por cuenta ajena, y 2) quien ejerce la abogacía, igualmente por cuenta de otro, bien en un Despacho profesional que reúne los requisitos del art. 28 del Estatuto General de la Abogacía, prestando sus servicios profesionales por cuenta ajena en ese Despacho de abogados, sea individual o colectivo.

Ciertamente, se trate de relación laboral común o especial la normativa de la Seguridad Social tiene un criterio claro, el encuadramiento lo será, siempre, en el Régimen General, ex art. 7.1^a) y 97.1 de la LGSS.

Efectivamente, en la actualidad, la relación laboral de un abogado puede ser especial o común, en función de que se presten servicios para un Despacho de abogados o para otro tipo de empresa, si bien, la especialidad de la relación laboral no implica particularidad alguna en materia de encuadramiento en la Seguridad Social, correspondiendo en ambos casos su integración en el Régimen General, artículo 7.1.a) LGSS¹, pero no es menos cierto, que su regulación ha influido en la situación de muchos profesionales en función de la situación en la que se encontraran a la entrada en vigor de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, como luego veremos.

3.1. Abogado por cuenta ajena con relación laboral especial

Se hace preciso comenzar por las cuestiones que han surgido al albur de esta relación laboral especial de nuevo cuño, que venía justificada en última instancia por algunas actuaciones de la Inspección de Trabajo, que no sólo en este ámbito profesional sino en otros muchos inició campañas dirigidas a la detección de irregularidades en materia de encuadramiento, siendo de todos conocido los procedimientos iniciados mediante Actas de infracción y liquidación de cuotas frente a grandes despachos, que tenían a sus Abogados en régimen de arrendamiento de servicios y, que, en última instancia, culminó con reformas legislativas, que en nuestro caso se plasmaron primero en la Ley

¹ Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

22/2005, en su Disposición Adicional primera², que contiene la correspondiente cláusula de amnistía inspectora³, siempre que a partir del 1-1-2006 quienes estén vinculados por esta relación especial fueran dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

De esta manera, el legislador, una vez más, lo que por otra parte cada día es más habitual, en materia normativa, sin presión o sugerencia alguna, concedía un periodo más que dilatado en el tiempo, para regularizar situaciones que la propia ley consideraba manifestamente ilegales. Es obvio que vivimos una época en la que se legisla, si así se puede llamar a golpe de “influencias”, (pone de relieve lo que acaece en la actualidad, consiguiendo resultados muy concretos en relación con la normativa laboral, a través de los llamados sindicatos más representativos y la CEOE con los dislates jurídicos que ello supone), pero no sólo eso sino que se otorgó una auténtica amnistía al no exigirse el abono de cuota

² DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos.

1. La actividad profesional de los abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo, tendrá la consideración de relación laboral de carácter especial, y ello sin perjuicio de la libertad e independencia que para el ejercicio de dicha actividad profesional reconocen las leyes o las normas éticas o deontológicas que resulten de aplicación.

No se considerarán incluidos en el ámbito de la relación laboral que se establece en esta disposición, los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o asociados con otros. Asimismo, tampoco estarán incluidas las colaboraciones que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos despachos.

En los términos establecidos en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se podrán concertar contratos de trabajo en prácticas.

2. El Gobierno, en el plazo de doce meses, regulará mediante Real Decreto, la relación laboral a que se refiere el primer párrafo del apartado anterior.

3. Los abogados que estén incluidos en el ámbito de la relación laboral de carácter especial que se establece en el apartado 1 de esta disposición serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social el día primero del tercer mes siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley.

Los procedimientos sancionadores y de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, que afecten a los abogados señalados en el párrafo anterior y se encuentren en trámite a la entrada en vigor de la presente Ley, se resolverán de acuerdo con lo establecido en el citado párrafo.

No obstante lo anterior, se considerarán válidas a todos los efectos las cotizaciones que se hubieran realizado a la Seguridad Social por los referidos abogados con anterioridad a la fecha que se indica en el párrafo primero de este apartado.

³ En definitiva, la Ley 22/2005 establece una clara amnistía, declarando válido a los efectos de Seguridad Social todo lo acontecido en los despachos de abogados con anterioridad a su entrada en vigor: ni se van a exigir cotizaciones con carácter retroactivo por los trabajadores que no habían sido dados de alta (y de haber expedientes abiertos se resolverían atendiendo a que la fecha decisiva para valorar un posible incumplimiento sería la del 1 de febrero de 2006), ni se van a devolver las cotizaciones realizadas por los despachos que sí habían formalizado las relaciones laborales con sus empleados, o incluso por ellos mismos, en el hipotético caso de que hubieran estado cotizando al RETA por razón de esa actividad.

alguna de forma retroactiva en relación con aquellas situaciones, según la ley, irregulares, amparadas en arrendamientos de servicios, regímenes de colaboración o pasantías, que encubrían auténticas relaciones laborales por cuenta ajena.

No obstante lo anterior, no es menos cierto que existían Despachos en los que la normativa era observada y sus profesionales por cuenta ajena estaban correctamente encuadrados.

Por ello, la previsión normativa de la Ley 22/05 iba a exigir una nueva perspectiva en materia de encuadramiento de este colectivo.

La nueva regulación implicaba unos efectos inmediatos en materia de Seguridad Social y no pocas complicaciones frente a la ausencia de desarrollo reglamentario, que trataron de ser superadas por la Administración de la Seguridad Social, al amparo de su propio ordenamiento jurídico, relativas, como no, al encuadramiento, grupo de cotización, epígrafe de accidentes de trabajo, o a las consecuencias de la validez de las cotizaciones anteriores a la tan reiterada fecha de 1 de enero de 1996.

Las previsiones de la Disposición Adicional exigían, en efecto, del Servicio Común de la Seguridad Social, esto es de la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando menos unas instrucciones, toda vez, que pese al mandato al Gobierno para que en el plazo de 12 meses regulara mediante Real Decreto, la citada relación especial. La Disposición Adicional de la Ley 22/05, exigía la inclusión de este colectivo el día primero del tercer mes siguiente a su entrada en vigor, y que se plasmaron, en primer lugar, en la Resolución de 21 de noviembre de 2001, por la que se impartían instrucciones para la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los abogados, que mantienen una relación laboral de carácter especial⁴, ya que el alta no quedaba supeditada a la diligencia reglamentaria.

De este modo, y a los exclusivos efectos de su inclusión en el Régimen General, y dada la ausencia de desarrollo reglamentario se delimitaba el ámbito subjetivo con referencia a quienes ejercieran la abogacía para un Despacho de abogados, individual o colectivo, con carácter retribuido, por cuenta ajena y bajo la dirección de un titular. Así, se consideraba como Despacho colectivo el compuesto exclusivamente por dos o más abogados en ejercicio, agrupados bajo cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, cuyo único objeto fuera el ejercicio profesional de la abogacía, reuniendo las condiciones exigidas por el Art. 28 del Estatuto General de la Abogacía⁵.

⁴ BOE 23-11-2005

⁵ 1. Los Abogados podrán ejercer la Abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquier de las formas lícitas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles.

2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la Abogacía y estar integrada exclusivamente por Abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los Abogados que integren el despacho colectivo.

Obviamente, junto a este colectivo vinculado por esta relación de naturaleza especial, se encontraban primero aquellos profesionales a los que, no obstante ejercer la profesión por cuenta ajena, no les era de aplicación la Disposición adicional primera; es decir, aquellos que prestaban servicios en las condiciones previstas en el Art. 1.1 del E.T., no siendo el empresario, titular, individual o colectivo, de un Despacho de abogados (piénsese en el letrado de plantilla de una entidad financiera o de cualquier otra empresa), y segundo quienes, por mor de lo previsto en el Art. 97.2.a, de la LGSS, vinieran obligados a su encuadramiento en el Régimen General. Nos referimos aquí a los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, que, aún siendo miembros de sus órganos de gobierno, no tuvieran asignadas las funciones de gobierno y gerencia de la misma, ni dispusieran del control de su capital, pues su encuadramiento se producía por disposición expresa de la Ley, e, igualmente, en tercer lugar a quienes vinieran ejerciendo el cargo de administradores en las condiciones previstas por el artículo 97.2 k) de la Ley General

3. La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio. En dicho Registro se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan. Los Abogados que formen parte de un despacho colectivo estarán obligados personalmente a solicitar las inscripciones correspondientes.

4. Los Abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo. No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo.

5. Los Abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna. Los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas.

6. La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el Abogado que la haya efectuado. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

7. La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

8. Para la mejor salvaguardia del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho.

de la Seguridad Social, y actuasen simultáneamente como abogados por cuenta de la sociedad, los cuales quedarían incluidos en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a causa de su actividad como administradores, con independencia de las relaciones jurídicas que se puedan derivar de su actividad como abogados en el seno de la sociedad.

Este apartado segundo no quedó exento ni de polémica, ni de críticas, siendo acusada la Resolución de extralimitación, en relación con la función que tenía encomendada de pilotar “sin sangre” la regularización del colectivo; pero a los responsables de la Seguridad Social, con el ordenamiento en la mano, parece que no les quedaba otra posibilidad, toda vez que su encuadramiento, como hemos apuntado, en el Régimen General, venía expresamente regulado y, por tanto, no era susceptible de ser tributario de períodos de gracia.

Por ello, la Disposición adicional 70^a, de la LGP para 2006 (ley 30/2005, de 29 de diciembre), desdice –a modo de reprimenda– a la TGSS, al establecer que a todo socio de un Despacho, sin distinción, en materia de encuadramiento de Seguridad Social se le aplicará lo dispuesto en la Disposición adicional 15^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Esto obligó al Servicio Común a dictar de urgencia unas nuevas instrucciones interpretativas y aclaratorias de su predecesora a través de la resolución de 31 de diciembre de 2005, para la inclusión de quienes ejerzan la profesión *como socios en régimen de asociación, de tal forma que, todos los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia como socios en régimen de asociación con otros, bajo cualquiera de las modalidades, a las que alude el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, incluidas, por tanto, las sociedades mercantiles, les será de aplicación, a partir de 1 de enero de 2006, lo establecido en la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados, en la redacción dada por el artículo 33, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.*

Llegados a este punto observamos, como ya advertimos, que son distintas las situaciones en las que pudieron encontrarse los distintos profesionales, en atención a los efectos inmediatos que se imputaban en esta materia por la nueva regulación.

De esta forma, nos encontramos en primer lugar con quienes accedían a la profesión por cuenta ajena, en virtud de una relación laboral especial, ya que, una vez entrada en vigor, los efectos eran inmediatos y con ello su inclusión en el ámbito del Régimen General, y en segundo lugar, por otro lado, con quienes ya estaban dados de alta en este Régimen por estar trabajando por cuenta ajena, ya se tipificase la relación como común o especial, y, en tercer lugar quienes ya venían vinculados por una relación de esta naturaleza aunque camuflados como autónomos, colaboradores, prestadores de servicios o pasantes, que sólo vendrían obligados a su inclusión con efectos del 1 de febrero de 2006, siendo válidas las cotizaciones efectuadas a todos los efectos, en materia de prestaciones; produciéndose, de esta manera, una vez más, algo propio

de este País: el agravio comparativo de quienes veían que habían sido fieles observadores del cumplimiento de sus obligaciones, frente, aquellos otros, que habían mantenido situaciones irregulares y que veían cómo eran liberados del abono de cuotas y se les concedía un plazo más que flexible para regularizar su situación.

No debemos olvidar, a aquellos, que ni estaban encuadrados en el Régimen General, ni en el de Autónomos, es decir se hallaban extramuros del sistema de Seguridad Social. En este caso, por haber optado por incorporarse a la Mutualidad General de la Abogacía, los cuales también se verían obligados a causar alta en el Régimen General en tanto en cuanto concurriesen en su actividad las notas definitorias de la relación especial, con efectos también de 1 de febrero de 2006, sin que ello fuera óbice, naturalmente, para poder permanecer en la Mutualidad como régimen no ya alternativo sino complementario, recordando, que las cotizaciones a la Mutualidad no producirían efectos en materia de prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

A modo de conclusión, unos debieron ver regularizada su situación, y otros, cambiaron de encuadramiento, quedando debidamente encuadrados en el Régimen General, que al fin y a la postre tenía un mayor ámbito de cobertura prestacional que el de Autónomos.

En cualquier caso, La Ley 22/2005 consideró válidas, como no podía ser menos, a todos los efectos, las cotizaciones que se hubieran realizado a la Seguridad Social por los referidos Abogados con anterioridad a dicha fecha, pero no así las satisfechas a la Mutualidad de Previsión del Colegio Profesional (Instrucción Cuarta Resolución de 21 de noviembre de 2005), lo que como recordaba la Resolución impediría solicitar el reintegro de las cotizaciones realizadas “indebidamente” a otros Regímenes.

Como colofón reglamentario necesario, el Gobierno publica el Real Decreto 1331/2006 de 17 de noviembre, que regula el disputido régimen jurídico laboral especial, norma esta que ha sido objeto de numerosísimas críticas, doctrinales, profesionales y judiciales llegándose a anular distintos artículos del mismo.

Llegados a este punto los responsables de la afiliación y alta del abogado que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un Despacho de abogados, individual o colectivo, serán según los casos, el abogado empleador persona física, o el abogado designado por el Despacho colectivo que no se haya dotado de personalidad jurídica, incluyéndose, también, en esta conclusión el supuesto de Despacho multidisciplinar.

Será importante, también, no olvidar el juego de responsabilidades vinculado al incumplimiento de obligaciones del empleador en materia de relaciones instrumentales de Seguridad Social (alta, cotización, etc.), pues, dependiendo de la forma por la que se decanten, con o sin personalidad jurídica, en el caso de los Despachos colectivos o multidisciplinares, aquellas podrán derivarse a los socios.

En materia de cotización, la Resolución de 21 de noviembre de 2005, remite, como no podía ser de otra manera, al Régimen General y a sus normas de cotización. De esta forma, la base de cotización está constituida por todas las retribuciones que perciba o que tenga derecho a percibir el trabajador y que tengan naturaleza salarial. El grupo de cotización es el 1º, con lo que la base de cotización, en este momento no puede ser inferior a 1.045,20 euros ni superior a 3.230,10 euros, debiéndose cotizar por todos los conceptos que comprende el Régimen General, es decir incluyendo FO-GASA y Desempleo.

3.2. Abogado por cuenta ajena con relación laboral común

Ahora bien, los abogados pueden prestar sus servicios por cuenta ajena, bien en el régimen laboral común, bien dentro de la relación laboral especial. Estos últimos, son como hemos visto, los que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del colectivo de la organización y dirección del titular de un Despacho de abogados, individual o colectivo (Ley 22/2005 y RD 1331/2006).

Están dentro del régimen laboral común los abogados contratados por cuenta ajena por empresas que no son Despachos de abogados (Art. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, art. 27.4⁶ del Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española).

El Tribunal Supremo ha manifestado que la calificación de una relación como laboral, solo es posible en función de las circunstancias concurrentes. Así, hay relación laboral cuando consta que el desempeño de la labor está sometido a reglas y directrices de la empresa, es supervisada y se realiza en las dependencias de la empresa, sometida a un control horario exhaustivo y percibiendo, a cambio, una cantidad fija, pues coinciden las circunstancias que evidencian su inclusión en el círculo de organización y dirección ajeno. En cambio, no es laboral cuando no hay instrucciones ni control sobre la prestación de servicios; tampoco se considera laboral aunque se concierte una iguala, por la que se obligue a llevar todos los pleitos del cliente, sin posibilidad de rechazar ninguno (STS 19.11.2007).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, ponen en evidencia las dificultades con las que frecuentemente se han enfrentado para discernir si entre la relación abogado empresa están presentes las notas de laboralidad, remitiéndose, como en tantas otras materias, al análisis de cada caso concreto.

⁶ La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad.

Partiendo de la prestación de servicios por cuenta ajena ex art. 7.1.a) y 97.1 de la LGSS, los abogados quedarán, en estos casos, incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social.

4. ABOGADOS POR CUENTA PROPIA

4.1. Los profesionales colegiados que ejercen la actividad por cuenta propia de forma personal, habitual y directa.

Nos estamos refiriendo, obviamente, al profesional colegiado que ejerce la actividad por cuenta propia de forma personal, habitual y directa, en los términos del Art. 2 del Decreto 2530/70, de 20 de agosto.

No están incluidos en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial que regula el Real Decreto 1331/2006, que los excluye expresamente, al no considerar incluidos en el mismo a los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o agrupados con otros, como socios en régimen societario o bajo cualquier otra forma admitida en derecho.

Tradicionalmente, aquellos profesionales liberales, que, por mor de la actividad que desarrollaban, venían obligados a causar alta en un Colegio Profesional, solo venían obligados a incorporarse al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando así lo hubieran solicitado sus órganos de representación y así quedara recogido en la correspondiente orden Ministerial. Recuérdese que se modificó el art. 3 del Decreto por el RD. 2503 /1980, para considerar sujetos incluidos en el RETA a aquellos trabajadores, de esta naturaleza, que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional lo cual se llevará a cabo a solicitud de los Órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante Orden Ministerial.

Posteriormente, la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y su Disposición Transitoria Quinta, párrafo tercero, apuesta por la inclusión obligatoria y colectiva en el RETA desde 10-11-1995⁷, si bien, se introduce, a posteriori, como novedad fundamental la

⁷ DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOQUINTA Redacción dada por el Art.33 de la Ley 50/1998). Integración en la Seguridad Social de los colegiados en Colegios Profesionales.

1. Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen en los términos reglamentariamente establecidos.

Si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado Régimen Especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que

configuración de la Mutualidades de Previsión Social como alternativas al RETA. De esta forma y a partir del 1 de enero de 1999, (la D.A. 15^a fue modificada por el Art. 33 de la Ley 50/1998 y derogado el párrafo tercero de la transitoria 5^a) los abogados por cuenta propia colegiados, no vendrán obligados a la afiliación al RETA, pudiendo optar por incorporarse a la Mutualidad de Previsión General de la Abogacía, es decir a su Mutualidad de Previsión Social, siempre que estuviese adaptada a las previsiones de la Disposición Transitoria 5º, párrafo tercero, configurada como instrumento de protección y aseguramiento alternativos al RETA de la Seguridad Social.

Así las cosas, lo que realmente supuso la Ley 50/1998 fue una mutación, pues la decisión última en materia de integración en uno u otro régimen iba a pasar a ser objeto de la libre elección del colegiado con independencia de decisiones colectivas adoptadas por su Colegio profesional, algo sorprendente

se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse ésta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.

No obstante lo establecido en los párrafos anteriores, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitárla dicha opción con posterioridad.

2. Quedarán exentos de la obligación de alta prevista en el primer párrafo del apartado anterior los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos Colegios Profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una Mutualidad de las amparadas en el apartado 2 del artículo 1 del citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. No obstante, los interesados podrán voluntariamente optar, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado Régimen Especial, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes en que se formule la solicitud.

Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en una Mutualidad de las mencionadas en el apartado anterior, deberán solicitar el alta en dicho Régimen Especial en caso de que decidan no permanecer incorporados en la misma en el momento en que se lleve a término la adaptación prevenida en el apartado 3 de la disposición transitoria quinta de esta Ley. Si la citada adaptación hubiese tenido lugar antes del 1 de enero de 1999, mantendrá su validez la opción ejercitada por el interesado al amparo de lo establecido en la mencionada disposición transitoria.

3. En cualquiera de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, la inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se llevará a cabo sin necesidad de mediar solicitud previa de los órganos superiores de representación de los respectivos Colegios Profesionales.

desde una perspectiva de técnica legislativa, ya que el apartado tercero, del Art. 3, del D 2530/1970, expresamente no ha sido derogado.

De esta manera, en la actualidad, cada profesional puede optar por su encuadramiento en el Régimen público de Seguridad Social, en el RETA o por su incorporación en la Mutualidad, escogiendo con ello su modelo de protección social. En otras palabras, no existe una obligación de alta en el RETA, sino una obligación alternativa pudiendo optarse por la que se prefiera, en el bien entendido sentido de que si se opta por la de la inclusión en el Régimen Especial de Autónomos, esta es una opción de no retorno a diferencia de lo que ocurriría en el caso contrario.

La opción del profesional por la Mutualidad General de la Abogacía es alternativa⁸ a la obligación de alta en el RETA, es decir, que no es preciso mantener el doble encuadramiento, sin perjuicio de que, no obstante, se puede optar por la inclusión en el Régimen General y mantener el alta en la Mutualidad, que actuará como un sistema de previsión complementario – hasta que al legislador, cuando menos lo esperemos, se le ocurra hacer incompatibles las prestaciones, causadas en unos y otro sistema.

Esta posibilidad de opción, no convierte a la Mutualidad de Previsión en una suerte de Régimen especial de Seguridad Social, pues aquella goza de autonomía propia y con su propio y específico régimen jurídico en todos los ámbitos, incluidos el prestacional. Tan es así que sería posible mantener el alta en el RETA y en la Mutualidad sin que a ello obstara la prohibición acogida en el Art. 8.1 de la LGSS y así, no sólo es posible, sino frecuente, que los profesionales estén

⁸ STS Sala 4^a de 25 de enero de 2000 «la opción establecida por la ley 30/1995 no viene configurada como alternativa obligatoria entre la afiliación al RETA o la Mutualidad, sino como una opción voluntaria por el uno o el otro, sin que ello suponga la prohibición de permanencia en los dos».

⁹ Martín Valverde “Asimismo, hay que tener en cuenta que la opción establecida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3046), no se configura como una obligación alternativa entre el alta en el RETA o en la Mutualidad de la Previsión de la Abogacía, sino como opción voluntaria que permite la pertenencia a ambas, según recoge la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 25-1-2000. Esta Sentencia declara que la normativa establecida en España a partir del año 1995 está encaminada a conseguir que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus Colegios, en el RETA, imponiéndoles la obligación de hacerlo, en dicho Régimen, salvo que lo hicieran a una Mutualidad sustitutoria, y para ello les da a los colegiados antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 la posibilidad de permanecer en la Mutualidad o darse de alta en el Régimen especial; pero es una opción vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro Régimen, sin que en ningún momento se haya dispuesto prohibición alguna de permanecer en ambos (STS 25-1-2000 [RJ 2000, 657]). En definitiva, no existe norma jurídica que ampare la incompatibilidad de la afiliación al RETA con la permanencia en la Mutualidad, sino que lo único que se prevé es la necesidad de figurar incorporado al uno o a la otra, sin que de ello pueda deducirse que impida que esa permanencia en los dos se dé”.

de alta tanto en uno como en otro. En definitiva, la Mutualidad de Previsión de la Abogacía se configura como Entidad de Previsión Social alternativa al RETA, pero no sustitutoria, con todas sus consecuencias

Del mismo modo es posible simultanear la actividad por cuenta ajena con la por cuenta propia, provocándose una situación de pluriactividad, lo que implicará un doble encuadramiento en el Régimen General y en el de Autónomos, o en la Mutualidad si la opción es por ella.

La opción, en estos casos por la Mutualidad no es baladí, ya que quien se jubile con cargo al Régimen General, podrá continuar ejerciendo como abogado, pese a no ser posible compatibilizar el cobro de la pensión con el trabajo, toda vez, que ello es así cuando el trabajo que se realice determine la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

Por el contrario, más sutil ha estado el legislador cuando ha regulado las incompatibilidades en materia de Desempleo, ya que el Art. 221 impide su cobro cuando se realiza un trabajo por cuenta propia, aunque el mismo no exija, de forma obligatoria, su inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

En materia de Incapacidad Temporal, tampoco cabría la compatibilidad de su percibo con el alta en la Mutualidad como colegiado ejerciente, ya que se regula su pérdida o suspensión en aquellos supuestos en los que el beneficiario trabaje por cuenta ajena o propia (art.132 de la LGSS)

El ámbito de la Acción Protectora es diferente en uno y otro sistema de aseguramiento, sin que por los mutualistas quepa exigir al Sistema público de protección su amparo, respecto del que únicamente podrán obtener las garantías propias del control y supervisión al que la Administración pública debe someter a las entidades aseguradoras.

Las pensiones de la Mutualidad no adquieren así, la calificación de pensiones públicas, por lo que no concurren a efectos de la aplicación del tope máximo de pensiones que cada año establecen la Leyes de Presupuestos.

4.2. Los profesionales colegiados que ejercen su actividad a través de Sociedades profesionales. Disp. Adicional 5ª Ley 2/2007

Cabe, también, que la actividad se encauce a través de una sociedad profesional¹⁰, que se reguló en la ley 2/2007 y, en lo relativo a la Seguridad Social

¹⁰ Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad

de sus integrantes, en su Disposición Adicional quinta¹¹, de tal forma, que, en estos casos, es posible optar por la Mutualidad de la Abogacía como alternativa al alta en RETA.

5. EL ABOGADO PÚBLICO

Los servicios como letrado por cuenta ajena no sólo pueden prestarse para un empresario privado sino, como anticipamos, para un empleador público, para la Administración, estatal, local o autonómica. Todas disponen de sus propios Servicios jurídicos unos con vocación más generalista, en atención a su dimensión; otros, más especializados, como serían los de la Administración del Estado o de la Seguridad Social, que dispone de Servicios jurídicos específicos para la defensa y asesoramiento de la Administración General del Estado, me refiero a los Abogados del Estado, o de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, que es defendida y asistida por unos Cuerpos especiales. Existen otros¹² en este ámbito, de la misma forma que las administraciones locales disponen de servicios jurídicos propios, con cuerpos específicos, a los que, por regla general se accede, igualmente, a través de procesos selectivos entre los que prima la oposición específica de acceso a los mismos.

Todos ellos son abogados, a los que no les es exigible la colegiación para el ejercicio de la abogacía, teniendo, incluso, reconocida la representación en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial¹³, y en las leyes exigida

los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las Leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en la Ley 2/2007.

¹¹ DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Régimen de Seguridad Social de los Socios Profesionales.

Los socios profesionales a los que se refiere el artículo 4.1.a de la presente Ley estarán, en lo que se refiere a la Seguridad Social, a lo establecido en la Disposición Adicional Décimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados.

¹² Letrados del FOGASA, del Servicio Público de Empleo, etc.

¹³ Art. 551 “1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el servicio jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo. La representación y defensa de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto.

como la de la Jurisdicción Contencioso Administrativo o la de Procedimiento Laboral.

También ellos disponen de un sistema de protección social, que se concreta en unos casos, con el alta en el Régimen General de Seguridad Social como es el caso de los Letrados de la Seguridad Social, o con la inclusión en el régimen de Clases pasivas si nos referimos a los Abogados del Estado, o en su momento aquellos integrados en la MUNPAL, A letrados de Ayuntamientos o Corporaciones locales, integrados en el ámbito de aplicación del denominado Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, que venían recibiendo la acción protectora de la Seguridad Social a través de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), y que en la actualidad están integrado en el Régimen General, de acuerdo con lo preceptuado en el RD 480/1993.

6. BIBLIOGRAFIA

AAVV, *La legislación social en la historia de España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1987.

BAYÓN, G., E. PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1975-76.

CASAS BAHAMONDE, Mº, ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, (1^a ed. 1942) 2008.

DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2003.

DE LA VILLA, L. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M., *Introducción a la Economía del Trabajo*, Colección Universitaria (Debate), Madrid, 1977.

JAVILLIER, J. J., *Derecho del Trabajo* (Trad. Cast. Departamento del Derecho del Trabajo, Universidad Autónoma de Madrid), Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1982.

2. La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas corresponderá a los Letrados de las Cortes Generales integrados en las secretarías generales respectivas.

3. La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.

MOLERO MANGLANO, C., *El sistema normativo laboral*, Ed. Colex, Madrid, 1987.

MOLERO MANGLANO, C., *Fundamentos de las relaciones laborales colectivas*, Ed. Reus, Madrid, 1986.

MOLERO MANGLANO, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2002.

MOLERO MANGLANO, C., *Nociones de Introducción al Derecho del Trabajo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1989.

MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1975.

Multiculturalidad y centros penitenciarios*

Fernando Reviriego Picón

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 15.02.2012

Aceptado: 31.05.2012

Resumen: Se abordan en el presente trabajo cuestiones relativas a los símbolos y espacios de la multiculturalidad con relación a un concreto y singular espacio público, los centros penitenciarios; en el contexto por tanto de una relación de sujeción especial. Partiendo de una reflexión que sitúa históricamente el nacimiento de las penas de prisión y la diversa configuración que a lo largo de su devenir histórico ha venido teniendo, se analiza la situación de la pervivencia de los derechos en este marco y de forma más concreta la libertad religiosa y su contenido.

Palabras clave: Multiculturalidad. Espacios públicos. Centros penitenciarios. Derechos fundamentales. Libertad religiosa.

Abstract: *This study analyzes issues regarding to symbols and public spaces in multiculturalism, as related to penitentiary facilities as a peculiar and concrete public space, because it involves a special relationship of submission. Within this theoretical framework, the prevalence of rights and concretely the right to freedom of religion and its content, it's analyzed.*

Key words: *Multiculturalism. Public spaces. Prisons. Fundamental rights. Freedom of religion.*

Sumario: I. Hablemos despacio de espacios... y espacios...—II. Historia y prisión; la prisión en la historia.—III. Una relación de sujeción especial.—IV. Los derechos en los centros penitenciarios.—V. Sobre la libertad religiosa y su contenido.—VI. Símbolos y espacios; huecos y reovecos.

I. HABLEMOS DESPACIO DE ESPACIOS... Y ESPACIOS...

El debate sobre símbolos y espacios de la multiculturalidad reviste una especial particularidad cuando hacemos referencia a un concreto y singular espacio público: los centros penitenciarios. Resulta evidente que existen espacios... y espacios. No resulta posible un tratamiento uniforme de las dife-

* Este trabajo se enmarca dentro de los proyectos de investigación *Constitución y Globalización: transformaciones del Estado Constitucional y Constitucionalismo* (DER2009-10375/JURI) y *Sistema de indicadores de discriminación penitenciaria* (CSO2009-10995), financiados por el Ministerio de Educación y Ciencia.

rentes instituciones o espacios públicos: centros educativos, recintos hospitalarios, centros penitenciarios, etc.; ni siquiera dentro de un mismo contexto las actividades de los sujetos pueden valorarse de forma equivalente.

De forma general, este tipo de debates sobre símbolos y espacios, en el marco de la riqueza y diversidad de nuestras sociedades, están provocando discutidos desarrollos normativos e interesantes tratamientos jurisprudenciales.

En el plano normativo hemos podido asistir incluso a una reciente reforma constitucional; así, la reforma suiza, precedida del preceptivo referéndum, que estableció la prohibición de construcción de minaretes en dicho país¹, cuestión que a nuestro juicio, tal y como se ha articulado, choque de forma directa con los arts. 9 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mas junto a ello, desde un planteamiento más global sobre la posición del Estado, puede citarse también, para específicos espacios públicos –colegios, institutos–, la emblemática Ley francesa 2004-28, de 15 de marzo, sobre prohibición de prendas o símbolos religiosos; con independencia de que se pueda compartir aquí o no el sentido de esta reforma, la diferencia con el caso anterior es que se hace de forma global y sin un prisma de ataque directo o exclusión hacia una concreta religión, como sucede en el caso suizo².

También las reformas legislativas restrictivas de un amplio número de Länder en Alemania (ocho de los dieciséis) tras la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 24 de septiembre de 2003 en el caso Ludin, donde se analizó la posibilidad o no de que una maestra pudiera portar un *hijab*³.

O, por supuesto, y sin ánimo exhaustivo, a la reciente reforma belga, operada en virtud de la Ley de 13 de julio de 2011, con prohibiciones para todo tipo de espacios públicos.

Todo ello en el seno de ese cambio sobre la conflictividad de la libertad religiosa en Europa de la que nos hablara Grimm⁴.

La casuística, sobre todo en el ámbito educativo nos ofrece múltiples supuestos en uno u otro sentido, y, sin entrar en mayor profundidad, no es lo mismo, por ejemplo, que, en un contexto educativo, pueda portar un velo una

¹ Un análisis de esta reforma puede verse en Anne Petters, “El referéndum suizo sobre la prohibición de los minaretes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 25, 2010, pp. 429 y ss.

² Véase, Jamil Sayab, “La laïcité réaffirmé: la loi du 15 mars 2004”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* », nº 4, 2006, pp. 915 y ss.

³ María Ángeles Martín Vida y Sven Müller-Grüne, “¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso Ludin”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 70, 2004, pp. 313 y ss.

⁴ Dieter Grimm, “Conflicts between General Laws and Religious Law”, *Cardozo Law Review*, Vol. 30.6, pp. 2369 y ss. De este mismo autor, “Multiculturalidad y derechos fundamentales”, *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (Ed.), Trotta, Madrid, 2007.

profesora o que lo haga una alumna; existen matices diferenciadores, aunque quizá no deban tener consecuencia alguna. Ello si hablamos sólo de los sujetos, pero tampoco es lo mismo la presencia de un crucifijo en un aula que un crucifijo portado a modo de colgante por algún alumno. Mas, ¿Puede entonces una profesora acudir con *hiyab* a clase? ¿Y con *chador, niqab* o *burka*? ¿Puede hacerlo una alumna? ¿Qué ocurre con otros símbolos como los crucifijos? ¿Qué líneas cabe trazar en ese debate, si es que fueran precisas, que es la primera cuestión a desentrañar, desde lo público? ¿Con base a qué criterios?

Algunas de estas cuestiones han sido objeto de interesantes pronunciamientos judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los últimos tiempos. Desde el plano del docente podemos recordar entre otros el caso Lucía Dahlab v. Suiza (STEDH de 15 febrero de 2001); desde el plano del discente los casos Leyla Sahin v. Turquía (STEDH de 10 de noviembre de 2005. Gran Sala) o Dregu y Kervancı v. Francia (SSTEDH de 4 de diciembre de 2008)⁵; o, también, desde el propio espacio de docencia, el caso Lautsi –I y II– (SSTEDH 3 de noviembre de 2009 y 18 de marzo de 2011 –Gran Sala–).

En nuestro país, en el seno de interesantes debates, contamos también con ejemplos en este ámbito educativo (velo y crucifijo en las aulas⁶), mas no sólo ahí, ámbito judicial⁷, espacios públicos municipales⁸, cámaras legislativas⁹, etc.

⁵ Sobre esta materia, aunque desde una perspectiva más amplia, Benito Aláez Corral, “Reflexiones jurídico constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 475 y ss.

⁶ Con relación al tema del crucifijo en las aulas, véase la STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009.

⁷ Recordemos por ejemplo que durante la celebración de un juicio en noviembre de 2009 en la Audiencia Nacional contra una red yihadista, el Tribunal obligó a una letrada a desprendérse del *hiyab* que portaba (que en otros procesos lo viene utilizando sin problema alguno), sobre la base de las previsiones del art. 37 del Estatuto General de la Abogacía; la posterior denuncia presentada por ésta contra dicha decisión ante el Consejo General del Poder Judicial terminó siendo desestimada. En el curso de ese mismo procedimiento se obligó también a una testigo que portaba *burka* a descubrir su rostro durante la declaración.

Sin entrar con mayor profundidad en este punto lo cierto es que los dos supuestos son absolutamente diferentes.

⁸ Con relación al uso del velo integral, *Nikab* o *Burka*, cabe destacar que diferentes ayuntamientos de Cataluña han prohibido el acceso a instalaciones municipales portando tales símbolos o prendas. Junto a ello, algunos ayuntamientos han suspendido temporalmente la concesión de licencias para construir y abrir centros de culto (así lo hizo por ejemplo el Ayuntamiento de Salt, en la Comunidad de Cataluña, con el objeto de impedir la construcción de una nueva Mezquita).

Cabe apuntar que en estos espacios, y en otras ocasiones, los debates han venido provocados por la solicitud de retirada de crucifijos; vid., a modo de ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza, de 30 de abril de 2010.

⁹ Tras las elecciones autonómicas de Valencia celebradas en mayo de 2011 y la siguiente constitución de las Cortes se desató la polémica cuando el Presidente de las mismas colocó un crucifijo en la mesa de la Asamblea.

Tras este breve apunte que únicamente quiere poner de relieve que los espacios son diferentes, lo cierto es que en el caso de los centros penitenciarios las diferencias son mucho mayores.

A diferencia de otros espacios como los *supra* referidos aquí partimos del dato de su carácter cerrado, con la perdida de libertad de movimientos del recluso. Una reducción que no supone evidentemente una limitación del resto de derechos (luego abordaremos con más detalle esa idea) pero si tiene consecuencias directas en muchos de ellos.

El estado de encierro limita lógicamente, por ejemplo, su acceso a lugares entre los que se cuentan los lugares de culto; ello salvo que la Administración lo solvente, como así es efectivamente. La emblemática y centenaria Ley francesa que estableció la separación Iglesia Estado era plenamente consciente de este dato y recogía así una expresa previsión al ámbito penitenciario¹⁰.

Pero, ¿en qué medida es diferente? ¿Qué consecuencias conlleva? ¿Qué supuestos pueden darse?

Subrayemos que nos encontramos en un contexto, los centros penitenciarios, en el que no debemos olvidar que convive un importante porcentaje de reclusos extranjeros, más de un treinta y cinco por ciento del total cuando hace una década apenas llegaba al veinte¹¹, con toda la problemática que ello puede conllevar en la coexistencia en lo relativo al tratamiento, integración o convivencia *intramuros*, por mor de la mezcolanza de diferentes idiomas, culturas, costumbres o religiones¹²; leímos hace no mucho en un titular de prensa relativo a un centro penitenciario lo siguiente: “una torre de babel en la cárcel de Topas”¹³.

Un fenómeno que es habitual en muchos países europeos (Alemania, Francia, Italia o Reino Unido¹⁴ son buen ejemplo) y que ya provocaron por

¹⁰ Art. 2 de la Ley de 9 de diciembre de 1905 relativa a la separación entre las Iglesias y el Estado: «La République ne reconnaît, ne finance ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes. Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que (...) prisons.(..)»

¹¹ Las últimas estadísticas señalan que de 73.576 reclusos, 26.182 son extranjeros. El crecimiento exponencial del número de reclusos extranjeros llevó a aventurar hace no pocos años que quizá para estas fechas pudíramos contar incluso con un porcentaje de reclusos extranjeros parejo al de nacionales, Elisa García España, “Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, 2003, págs. 43 y ss.

¹² Entre los reclusos extranjeros los de origen marroquí son el colectivo más numeroso, siendo también elevado el número de reclusos de origen argelino.

¹³ En el momento de la publicación de dicho artículo el 80% de los reclusos de dicho centro eran extranjeros, lo que a juicio del sindicato ACAIP hacía que la convivencia diaria en el mismo fuera difícil y peligrosa (un centro, por otro lado con una tasa de ocupación entonces del 172%).

¹⁴ En el caso del Reino Unido se destinaron en 2007 incluso de forma exclusiva varios centros penitenciarios únicamente para la reclusión de extranjeros; según se señaló desde

sus problemas subyacentes una recomendación del Consejo de Europa en la materia tres décadas atrás¹⁵; entre las cuestiones apuntadas se abundaba en la necesidad de intensificar el tratamiento con extranjeros en orden a favorecer la reinserción o, mejor dicho, la inserción.

Evidentemente este es un tema al que no es ajeno lo que ahora abordamos.

Y todo ello en el marco, no podemos dejarlo de lado en modo alguno, de centros masificados. Las cifras son reveladoras pese a que en los dos últimos años hemos asistido a estancamiento en las cifras, incluso un cierto descenso¹⁶; cerca de setenta y cuatro mil reclusos repartidos (de los que casi la cuarta parte serían preventivos) en ochenta y dos centros penitenciarios, cuando al comenzar la década de los noventa apenas se contaba con poco más de treinta mil.

Referido lo anterior, y antes en estos debate, parece oportuno primero abordar de forma específica el ámbito que nos ocupa, su singular naturaleza, partiendo de un rápido apunte histórico sobre sus características, así como las consecuencias que en un plano genérico determina en la pervivencia de los derechos.

II. HISTORIA Y PRISIÓN; LA PRISIÓN EN LA HISTORIA

Más allá de la propia conexión religiosa que nos trae de forma inmediata la noción misma de centro “penitenciario” hay que tener muy presente que la historia de la prisión, en los términos en que es concebida en la actualidad, por mucho que pudiera parecernos que existe *ab aeterno*, tiene un relativamente corto recorrido, especialmente si lo comparamos a otras penas, no en vano en sus primeros momentos, como es sabido, se vincula esencialmente a una idea de detención y custodia previa al castigo. Sin pretender hacer un largo *excursus* sobre esta cuestión, pues escapa al objeto de este estudio, aunque resulta preciso para su adecuada comprensión, podemos apuntar ejemplificativamente esa clásica cita del *Digesto* al abordar esta materia, donde Ulpiano reseñaba “cærer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberí debent”¹⁷. En nuestro entorno más cercano, podemos leer en *Las Par-*

la Inspección de prisiones ello aumentaba la eficacia de los recursos disponibles para atender por razones de cultura o idioma al centralizarlos en pocos lugares y no a lo largo de toda la red carcelaria.

¹⁵ Rec (1984)12.

¹⁶ Como señaló la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2011 si bien los datos de descenso (alrededor de 76.000 reclusos en 2009) parecen “entrar en colisión con lo que pudiera preverse en un período de crisis económica y desempleo, debe asociarse a diversas causas, como son la potenciación de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, y la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 que ha incidido y va a incidir a corto y medio plazo en una excarcelación del colectivo de personas condenadas por delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, posibilidad de reducción facultativa de la pena en casos de pequeño tráfico, y la posibilidad de expulsión sustitutiva parcial de ciudadanos extranjeros en fase de ejecución de sentencia, que podrá ser aplicada retroactivamente contando con la petición del reo”.

¹⁷ *Digesto* (Lib. 48, Tit. XIX, Frag. 8, parág. 9).

tidas que “la carcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ellas” así como “la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados”¹⁸. Aunque podríamos hacer una extensa relación de otros ejemplos basten estos para poner de manifiesto esa idea referida.

La reclusión es una pena característicamente burguesa, como apunta Ferrajoli¹⁹, que no impide que “atisbos de cárcel-pena se puedan rastrear en los derechos punitivos de muchos pueblos antiguos”²⁰. Como se ha señalado, no ha sido el capricho del legislador ni la casualidad los que “han hecho del encarcelamiento la base y el edificio casi entero de nuestra escala penal actual: es el progreso de las ideas y el suavizamiento de las costumbres”²¹. Como destaca Pérez Luño la proyección de la tutela de los derechos a este ámbito no es sino una conquista de la modernidad, no en vano los testimonios de inquietud por la situación de los detenidos en otros períodos anteriores eran más reivindicaciones del derecho a la libertad que a la de garantías para la situación de los penados²². Antes del iluminismo jurídico, como de forma muy ilustrativa lo retrata este autor, “la situación de los penados era similar a la de los condenados en el Infierno de Dante. A ellos se les podía hacer extensiva la célebre admonición: *Lasciate ogni speranza voi ch' entrate*”²³.

Por lo que hace referencia a nuestro ordenamiento la doctrina suele cifrar en el inicio del reinado de Isabel II, durante la Regencia de María Cristina, la línea divisoria de la historia de la legislación penitenciaria²⁴ con la aprobación

¹⁸ *Las Partidas* (Ley 2^a, Tit. II, Partida VII; Ley 4^a, Tit. II, Partida VII).

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, (con prólogo de Norberto Bobbio), Trotta, (9^a ed.), 2009, pp. 390 y ss.

²⁰ Como apunta Téllez Aguilera “si bien la regla general de la función del encarcelamiento hasta, como mínimo, el siglo XVI es la de mera custodia del reo hasta el momento del juicio o de la ejecución de la pena, existen numerosos testimonios que testifican el no desconocimiento total de la cárcel-pena en épocas anteriores”, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 24. Véase, también, Elías Neuman., *Prisión abierta*, Depalma, Buenos Aires, 1962.

²¹ Van Meenen, “Congrès pénitentiaire de Bruselles”, *Annales de la Charité*, 1847, cit. en Michel Foucault, *Vigilar y Castigar* (1975).

²² Antonio Enrique Pérez Luño, “Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, p. 39.

²³ *Ibidem*, p. 40.

²⁴ En ese sentido, por ejemplo, Luis González Gutián, “Evolución de la normativa penitenciaria española hasta la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº extraordinario, 1, 1989; Crítico con la importancia de esta ordenanza se muestra Francisco Tomás y Valiente, “Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones”, *Obras completas*, CEPC, Madrid, 1997, p. 5394. Un apunte sobre la evolución histórica de la normativa penitenciaria puede verse en Eugenio Arribas López, *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Ministerio del Interior, Madrid, 2009, pp. 31 y ss.

de la Ordenanza General de Presidios del Reino²⁵ (como nos recordará Joaquín Mantecón, la existencia de una especie de servicio de asistencia religiosa, realizada bajo control estatal, se remonta a esta Ordenanza²⁶) por más que en el Código Penal de 1822 ya se habían establecido como penas corporales el presidio, la reclusión en una casa de trabajo y la prisión en una fortaleza. Previo a ello inexcusable reseña es nuestra emblemática Constitución gaditana, ahora en su bicentenario, que, recordemos, estableció de forma destacada en su artículo 297 que “Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos”²⁷. Idea que había sido plasmada de idéntica forma en el artículo 21 del dictamen del proyecto de Reglamento elaborado por la Comisión de Justicia de las Cortes de Cádiz “para que las causas criminales tengan un curso más expedito que los perjuicios que resultan a los reos de una arbitrariedad de los Jueces”; así, que “Las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia; y deberán ser las más anchuras y sanas, y con las comodidades posibles”²⁸. Como apuntará Alzaga nos encontramos ante una “singular mixtura de prevenciones de abusos sufridos en el pasado, de aportaciones de las primeras declaraciones de derechos europeas y de los Estados federados norteamericanos, de las mejores prácticas procesales de la nueva Europa liberal y de principios derivados de la concepción cristiana de la dignidad de la persona. Entretejido que pone los cimientos de nuestra práctica humanitaria en prisiones”²⁹. Sin querer abundar en estos puntos, apuntar por último la importancia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en el tratamiento de detenidos y presos³⁰.

Un “mal necesario” como apuntará con acierto la propia exposición de motivos de nuestra Ley Orgánica general Penitenciaria³¹; texto que, como es

²⁵ Real Decreto de 14 de abril de 1834.

²⁶ “La asistencia religiosa en el sistema penitenciario español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. XII, 1996, p. 239.

²⁷ Punto al que se añadía que el Alcaide de la prisión tendría a estos en buena custodia y separados los que el juez mandare sin comunicación, más nunca en calabozos subterráneos ni malsanos. En artículos posteriores de este mismo cuerpo normativo se hará referencia a los visitadores de cárceles y a la frecuencia de su actividad, que habría de fijarse por ley.

²⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 19 de abril de 1811, p. 895.

²⁹ Oscar Alzaga Villaamil, “La justicia en la Constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011.

³⁰ Víctor Moreno Catena, “Proceso y prisión”, *Historia de los derechos fundamentales. El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de su evolución*, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael De Asís Roig, Javier Ansuarregui Roig, (Dirs.), Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, pp. 783 a 817.

³¹ La importancia dada por el legislador a este cuerpo normativo se pone de manifiesto en que fue la primera Ley Orgánica en ser aprobada tras la entrada en vigor del texto constitucional; la segunda fue la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

bien sabido, no quedó recogida en el texto definitivo de la norma. Recordemos que se señalaba igualmente como idea destacada que “los cambios de las estructuras sociales y de los regímenes políticos determinarán, sin duda, modificaciones esenciales en la concepción y realidad sociológica de la delincuencia, así como en las sanciones legales encaminadas a su prevención y castigo”, aunque ello no impedía afirmar que resultaba “difícil imaginar el momento en que la pena de privación de libertad pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza, que, evitando los males y defectos inherentes a la reclusión, pueda servir en la misma o en mejor medida a las necesidades requeridas por la defensa social”³².

III. UNA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias ha venido declarando que los internos en centros penitenciarios se integran en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre aquellos, adquiriendo el estatus específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos.

Ello, al tratarse, según refiere el Alto Tribunal, de una *relación de sujeción especial* en la que acontece una relativización de la reserva de ley, consecuencia del carácter insuprimible de la potestad reglamentaria en ese ámbito, en orden a determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas.

La doctrina las relaciones de sujeción especial, cuyo origen histórico habría que situarlo en la Alemania del siglo XIX (con Schmitthenner como precursor –al ser este autor el primero en utilizar el término diferenciando las relaciones de poder de las relaciones de derecho privado y las relaciones de propiedad–³³, Laband, Jellinek, Mayer...), y a la que en los últimos años se está prestando especial atención en nuestro país³⁴, fue objeto de severas críticas, desde diferentes disciplinas, a la hora de su acrítica traslación al ámbito penitenciario por el Tribunal Constitucional.

³² B.O.C., nº 148, de 15 de septiembre de 1978, p. 3201.

³³ Véase, Iñaki Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial, Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994, pág. 39.

³⁴ En nuestra bibliografía puede verse, junto al trabajo de Iñaki Lasagabaster Herrarte ya citado, Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid, 1994; Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992. Inexcusable reseña merece asimismo el trabajo del profesor Alfredo Gallego Anabitarte publicado hace ya casi medio siglo en la *Revista de Administración Pública* (nº 34, 1961) bajo el título “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”. En esta misma revista (nº 178, 2009) puede verse también el detallado estudio de otro de los colaboradores de esta obra, Tomás Prieto Álvarez, “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”.

Un sector de la doctrina habría llegado a catalogarlo incluso –con una expresión un tanto exagerada, mas ciertamente gráfica– como una suerte de “poder domesticador” del Estado³⁵.

De forma más mesurada, en nuestra disciplina, Cámara Villar apunta, sobre la base de un trabajo de Giannini en el que apelaba a la necesidad de un examen a fondo de la figura, que la razón de este examen puede advertirse fácilmente al tratarse de una “categoría que hunde sus raíces en el seno de una estructura político-constitucional superada, que además no está jurídicamente definida en términos explícitos y cuyos contornos doctrinales, tanto en el plano jurisdiccional como en el científico, son ciertamente magros y evanescentes, por lo que se ha venido prestado sistemáticamente al abuso”³⁶.

La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se sirvió de dicha caracterización con relación a este ámbito fue en la STC 74/1985 de 18 de junio, caso “Aislamiento en celda y Junta de Régimen y Administración”, con ocasión de la imposición de una sanción a un recluso, donde, sin mayores reflexiones, se señaló que “*Es claro* que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los artículos 104 y ss³⁷ del Reglamento Penitenciario”.

Habrá que esperar cinco años para encontrar en la doctrina del Alto Tribunal, junto la referencia a esta configuración, una apelación expresa a los derechos del interno, en orden a articular, en sentido reductivo, dicha relación de sujeción especial. Esto se hace, curiosamente, en la polémica STC 120/1990, de 27 de junio, caso “Huelga de Hambre I”, donde la conclusión final ciertamente no parece cercana a esa idea, por más que nominalmente así se haga.

Las razones de esa generalizada crítica doctrinal son varias.

Por un lado, que en el momento de su adopción por el Alto Tribunal ya llevaba mucho tiempo cuestionada, allí incluso donde tuvo su nacimiento; referencia inexcusable en este punto sería la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* Alemán de 14 de marzo de 1972, justamente con relación al ámbito penitenciario³⁸. Como se ha apuntado, esta decisión y la posterior aprobación de la ley penitenciaria “no sólo resultaba revolucionaria por cuanto la ciencia jurídica penitenciaria se introducía en un *lenguaje de derechos del penado* al que no estaba históricamente acostumbrado sino que permitía una reformu-

³⁵ En ese sentido, Francisco González Navarro, “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría*, (Tomo II), Cívitas, Madrid, 1991.

³⁶ Gregorio Cámara Villar “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, *De rechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Miguel Ángel Aparicio (Coord.), Cedecs, Barcelona, 2001, pág. 117. El trabajo de M.S. Giannini a que se hace referencia es *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1970.

³⁷ Arts. 231 y ss del Reglamento actualmente vigente.

³⁸ “Auch di Grundrechte von Strafgefangenen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Eingriffe in die Grundrechte von Strafgefangenen,

lación del propio significado de la pena de prisión”³⁹; una decisión que “habría acelerado el parto de la nueva legislación penitenciaria”⁴⁰.

Por otro, a nuestro entender determinante, al encontrarnos ante una construcción que es innecesaria en nuestro ordenamiento al efecto de articular los peculiares contornos de la relación penitenciaria.

Ésta, cabe dibujarla con exclusividad apelando sin más al artículo 25.2 de nuestra norma suprema, que, tras señalar, como primera provisión, la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de esa relación (más allá de imprecisiones técnicas sobre su ámbito subjetivo, en las que no entraremos), determina que se encuentran sujetos a una triple limitación. Estas, provienen del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

A la vista de las previsiones constitucionales, y de las tendencias en el ámbito comparado en esta materia, parece llamativo que nuestro Alto Tribunal hubiera de apelar a esta figura al efecto de dibujar esta específica relación jurídica.

Mas, es claro que, como refiere Martínez Escamilla, de su utilidad no cabe ninguna duda puesto que es “un cheque a favor de la Administración, lo cual lógicamente podrá repercutir en una mayor eficacia en la gestión de sus cometidos. ¿Cómo no, si en su actuación, tanto dictando normas como aplicándolas, le aflojamos el corsé del principio de legalidad, de la reserva de ley y del respeto a las garantías de los derechos de los administrados?”⁴¹.

Mapelli, por su parte, señalará que pese a dicha caracterización como tal relación especial de sujeción, el Tribunal Constitucional no ha extraído “las consecuencias que lógicamente debieran de extraerse, sencillamente porque de hacerlo así una reflexión coherente en un plano teórico, pero radicalmente contraria a la legislación penitenciaria e, incluso, al propio texto constitucio-

die keine gesetzliche Grundlage haben, müssen jedoch für eine gewisse Übergangsfrist hingenommen werden. Eine Einschränkung der Grundrechte des Strafgefangenen kommt nur in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist. Es wird Aufgabe eines Strafvollzugsgesetzes sein, eine Grenze zu ziehen, die sowohl der Meinungsfreiheit des Gefangenen wie den unabdingbaren Erfordernissen eines geordneten und sinnvollen Strafvollzuges angemessen Rechnung trägt”, *BVerfGE* 33, 1 (14. März 1972). Sobre el plazo previsto en la sentencia, véanse los comentarios de Konrad Hesse, en *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

³⁹ En ese sentido se expresa Borja Mapelli Caffarena, que añade que “en efecto, la estructuración jurídica positiva de los derechos del interno favorece una visión plural y dinámica de la pena y no estática y unidimensional. La teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponden con una visión retributiva de los fines de la pena. En el momento de su ejecución el penado debe sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena. La pena retributiva, la pena absoluta se correspondía con la idea de mal absoluto” “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 19/20.

⁴⁰ Abel Tellez Aguilera, “Aproximación al Derecho Penitenciario de algunos países europeos”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1818, 1998, cit., pág. 700.

⁴¹ Margarita Martínez Escamilla, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 48/49.

nal”⁴², no en vano, y siguiendo a Díez-Picazo, al amparo de una reflexión sobre las polémicas sentencias de los GRAPO, esta noción doctrinal “no siempre resulta coherente con los postulados básicos del Estado democrático de derecho”⁴³.

En todo caso, cierto es que con posterioridad a esa sentencia apuntada *supra* lo ha venido haciendo con cierta intermitencia; así, más recientemente, en la STC 5/2008, de 21 de enero, caso “Huelga de higiene, o en las STC 2 y 11/2006, ambas de 16 de enero, casos “Informe sobre la Tortura” y “Kale Gorria”, respectivamente, donde se abordaron las implicaciones de la retención a internos por motivos de seguridad de revistas y libros. Y también lo ha hecho prescindiendo en ocasiones de apelación alguna a esta caracterización y utilizando en otros supuestos una terminología alternativa, como por ejemplo la de peculiaridades del internamiento (STC 83/1997, de 22 de abril, caso “Asistencia letrada y procedimiento administrativo”, STC 157/2000, de 12 de junio, caso “Comisión disciplinaria y material probatorio I” o STC 91/2004, de 19 de mayo, caso “Comisión disciplinaria y material probatorio II”). Apuntará el Alto Tribunal, recordando en todos los casos la célebre expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el caso del derecho a la defensa y más específicamente en el de las sanciones disciplinarias las garantías deben aplicarse con especial rigor, al implicar graves limitaciones dichas sanciones a la ya restringida libertad derivada de la pena, “resultando además evidente que las *peculiaridades del internamiento* en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones». En la más reciente STC 59/2011, de 3 de mayo, se hablará de la especial situación de dependencia vital, fáctica y jurídica del recluso ante la Administración penitenciaria.

Estos silencios y el uso ocasional de esa terminología alternativa llevaron a que algún sector de la doctrina apuntara en algunos momentos un cierto abandono del abuso de esta catalogación apuntando que “se huye así del fácil argumento de recurrir al conocido recordatorio de que el interno en un Centro penitenciario se encuentra en una relación de especial sujeción con la Administración penitenciaria”⁴⁴; un argumento comodín utilizado cual bálsamo de fierabrás cuando se considera oportuno⁴⁵.

⁴² Borja Mapelli Caffarena, “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 23.

⁴³ Luis María Díez Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 231.

⁴⁴ Abel Téllez Aguilera, *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 33. María Josefa Ridaura, por su parte, incide en la importancia de la matización que el Alto Tribunal realizará (en comparación a sus primeras sentencias) respecto de esta relación al entenderse en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales, “El derecho a las comunicaciones en centros penitenciarios: el régimen de comunicaciones y visitas”, *Homenaje al Prof. Dr. J. García Morillo*, Luis López Guerra (Coord.), Tirant, Valencia, 2001.

⁴⁵ Gregorio Cámera Villar, “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, cit., pág. 117.

En esa misma línea, aunque partiendo del pronunciamiento de la STC 57/2004, de 28 de febrero, caso “Cacheos con desnudo integral y comunicaciones íntimas de los reclusos”, y de su apelación a los contornos difusos de esta relación de sujeción, Pérez Cepeda señalará que “aunque tardíamente, esta línea jurisprudencial conecta con el discurso revitalizador de los derechos fundamentales que se introdujo en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972, en la que se afirmaba que una restricción de los derechos fundamentales de los internos en prisión sólo podía justificarse por la necesidad imprescindible de prestación de un servicio público, no, por tanto, para el interés doméstico, siendo necesario, además, que estuviesen respaldadas por una norma que tuviese rango legal”⁴⁶. A lo que añade, en una reflexión de conjunto sobre esta categorización, que “para superar cualquier inconveniente, una postura definitiva nos lleva a rechazar la teoría de la relación de especial sujeción en el ámbito de la Administración Penitenciaria por ser caduca, imprecisa, equívoca, innecesaria, parcial, insuficiente para expresar la complejidad y diversidad de las garantías y derechos que se recogen en el artículo 25.2 de la Constitución”⁴⁷.

De forma similar, al amparo de sentencias anteriores, Rivera Beiras⁴⁸ apunta lo positivo de caracterizar de forma expresa que la justicia ya no se detiene en las puertas de las prisiones, idea recogida, como es sabida, de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde una óptica diversa Brage señala que no puede afirmarse que el Tribunal Constitucional haya abandonado la categoría de las relaciones de sujeción especial, por más que sí reconoce que ha disminuido el riesgo de desbordamiento de esta categoría. Apunta igualmente que no parece correcto considerar que la función que cumple esta categoría quede subsumida por el principio de proporcionalidad; a ello añade que si bien no se trata de una categoría jurídica insustituible, sí puede ser una categoría funcional para explicar determinadas situaciones jurídicas⁴⁹.

Coincide así con el planteamiento de García Macho cuando destaca que este concepto, el de relación de sujeción especial, “es necesario mantenerlo para resolver las dificultades que surgen en aquellas situaciones en las cuales la Administración y el administrado conviven todo el día o la mayor parte del

⁴⁶ Ana Isabel Pérez Cepeda, “Derechos y deberes de los internos”, *Iustel*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Iñaki Rivera Beiras, “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario”, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, VVAA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 109.

⁴⁹ Concluirá sus reflexiones sobre esta cuestión reseñando que “ese, y no otro, es el modesto, pero importante, papel que corresponde a toda teoría o técnica jurídica digna de mención y por ello, a nuestro juicio, la institución debe mantenerse”, Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

día, pero al mismo tiempo es ineludible plantear la relación sobre las bases constitucionales establecidas”⁵⁰.

Dicho lo anterior, no carece de interés apuntar que en sede normativa se ha evitado conscientemente la plasmación de esa terminología como antes ya vimos.

Concretamente, es significativo que durante la elaboración del Reglamento Penitenciario se optara en última instancia por su no inclusión en el texto definitivo pese a que se encontraba contenida primigeniamente en el artículo 5 del Anteproyecto. Y ello, al considerarse poco conveniente al tratarse de una locución creada en su origen histórico para justificar tres privilegios de la Administración regia: la relajación del principio de legalidad, la limitación de los derechos fundamentales de ciertos súbditos y la ausencia de tutela judicial de determinados actos administrativos⁵¹. Esto resulta especialmente comprensible, más aún, plausible, pues, como ya hemos reseñado, nos encontramos ante una construcción que, como poco, no resulta necesaria⁵².

En todo caso, más allá de todo ello, lo único cierto es que dicho colectivo puede ser objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales que no son de aplicación a ciudadanos comunes.

Mas es claro que su delimitación concreta, su restricción, por tanto, habrá de ser justificada, necesaria y proporcional con el fin perseguido: debe velarse por la seguridad y buen orden regimental del centro penitenciario, al corresponder a la Administración Penitenciaria la retención y custodia de los reclusos. En el bienentendido, repitamos, de que esa acotación o restricción no habrá de ser la norma, sino la excepción, sobre la base del valor preferente de dichos derechos.

Todo lo anteriormente dicho ha de contemplarse con el telón de fondo de la pretendida reeducación y reinserción social de los reclusos de la que nos habla la norma suprema, que, en cualquier caso, no se perfila –conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional– como un derecho fundamental del recluso.

Lo hace, por el contrario, como un mandato al legislador en orden a orientar la política penal y penitenciaria, mas que sirve de parámetro, qué duda cabe, para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales. Y ello sin ser su única finalidad.

⁵⁰ Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 253/245.

⁵¹ Ver Dictamen 3.131/95/2.797/95 emitido por la Comisión Permanente el 11 de enero de 1996; cfr., Abel Téllez Aguilera, *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, cit., pág. 24.

⁵² De forma *sui generis*, el Reglamento penitenciario nos hará referencia a una comunidad, a la que se incorpora el interno, que le vincula de forma especialmente estrecha (artículo 5.1 RP).

Tal configuración ha permitido a un sector de la doctrina, defender que se pueda hablar de una clara devaluación de las previsiones del artículo 25.2 del texto constitucional. En ese sentido se manifiesta, por ejemplo, Téllez Aguilera, que apunta que dicha devaluación deriva de la confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado. Su eventual configuración como tal derecho supone para este autor un “revulsivo para la actuación de la administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento, superándose con ello una situación como la actual, en donde la pseudocientíficidad de los mismos y la pasividad ante determinadas formas de delincuencia son patentes”⁵³.

Sentado lo anterior, debemos destacar, como hemos apuntado al inicio de estas notas, que han sido muchas y variadas las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre el ámbito penitenciario en estos años; más de un centenar largo de ellas desde aquella, ahora lejana, STC 29/1981, de 24 de julio, sobre presentación de escritos (a efectos de computo de plazos) en el centro penitenciario⁵⁴. De cualquier forma, como vimos anteriormente, todavía hubo que aguardar casi un lustro para que configurara la relación penitenciaria como una relación de sujeción especial.

Una relación que, como el mismo Tribunal ha señalado, tiene contornos difusos al ser en sí mismo imprecisa la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, idea que apunta tanto respecto de esta concreta vinculación como de otras relaciones de sujeción especial existentes.

En su conjunto, como apunta Requejo Rodríguez, tendrían estos cuatro elementos comunes; en primer lugar, y en contra de la pretensión dogmática con que nació, los derechos fundamentales estarían vigentes dentro de las mismas; en segundo lugar, el contenido de tales derechos tiene una extensión menor al coexistir con bienes y funciones constitucionales a cuyo servicio se han instituido éstas; en tercer lugar, la especial intensidad de la sujeción y la limitación del ejercicio de derechos (que en todo caso deberá ser adecuada, necesaria y proporcionada); y en cuarto lugar, las previsiones constitucionales respecto de las mismas⁵⁵.

⁵³ Abel Téllez Aguilera, *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer S.L., Madrid, 1998, pág. 36/37. Véase, también, sin ánimo exhaustivo, Borja Mapelli Caffarena, “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, VVAA, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 24; VVAA, *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 40

⁵⁴ Recordemos, como se señaló entonces, de manera lógica, que debía entenderse que, “el escrito se ha presentado –a los efectos legales– *en el momento en que el interno lo entrega a la Administración penitenciaria* (puesto que) es la única solución posible para no colocar al interno en una condición de desigualdad ante la ley (artículo 14 CE) ya que de no ser así dispondría de un plazo menor al legal” (STC 29/1981, de 24 de julio). La cursiva es nuestra.

⁵⁵ Paloma Requejo Rodríguez, “Los sujetos de los derechos fundamentales”, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, VVAA, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 96 y ss.

En cualquier caso, coincidimos con Lasagabaster, cuando al abordar de forma global las relaciones de sujeción especial, sin singularizar específicamente el ámbito penitenciario, señala que las relaciones de sujeción especial disfrutan de una clara explicación de nacimiento, mas no de su existencia actual, pues “su utilización provoca más problemas de los que evita, es caprichosa y especialmente, produce una gran inseguridad jurídica”. De aquí deriva, como lógica consecuencia, la propuesta de su definitivo abandono, pues “la Constitución y las normas generales de la interpretación aportan los instrumentos precisos para hacer innecesario acudir a las denominadas, descriptivas y, jurídicamente, difícilmente definibles relaciones de sujeción especial”⁵⁶. Y en buena medida lo hacemos con Mapelli cuando reseña críticamente que incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea la teoría de sujeción especial “para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales” que “en relación con el sistema penitenciario traspasa el marco penitenciario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulado o esencialmente restringidos derechos fundamentales que son inalienables por mandato constitucional” a lo que añade que “una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de la supremacía de la Administración”⁵⁷.

IV. LOS DERECHOS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

La Constitución recoge, como es bien sabido, en su art. 25, que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, no pudiendo consistir en trabajos forzados.

Señala de igual forma que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma (no entraremos a abordar ahora las deficiencias técnicas respecto del sujeto activo), gozará de los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo Segundo del Título Primero, aunque con una triple salvedad: aquellos que se limiten expresamente por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

⁵⁶ Iñaki Lasagabaster Herrate, *Las relaciones de sujeción especial*, cit., págs. 425/426.

Desde otros planteamientos, Gregorio Cámara Villar nos habla de una categoría necesitada de clarificación añadiendo que “puede entreverse, pues, que hay un lugar para este concepto en la teoría general de los derechos y libertades fundamentales orientada a la búsqueda para éstos, de manera acorde con su carácter expansivo, de la máxima efectividad” destacando que “el problema es encontrar los criterios que armonicen las exigencias estrictamente tales del ámbito funcional que supone toda relación de sujeción especial con ese valor preferente que ha de otorgarse a los derechos fundamentales tanto en la dimensión subjetiva como objetiva que los cualifican en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, cit., pág. 137.

⁵⁷ Borja Mapelli Caffarena, “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, cit., págs. 34/35.

A esta previsión, innovadora de por sí, añade que, “en todo caso” tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

La originalidad del artículo no derivaba sólo de la apelación a los fines de la pena, que sí podía encontrarse en aquel momento en algún texto constitucional (así, por ejemplo, en la Constitución italiana⁵⁸) sino especialmente por la expresa reseña a la pervivencia de los derechos, cuestión que suele ser objeto de la específica normativa penitenciaria, y en la mayoría de las ocasiones formuladas no de forma general sino al hilo de específicas cuestiones penitenciarias (por más que podía encontrarse en todo caso una reseña de corte similar en la coetánea Constitución portuguesa⁵⁹).

Muy extensa ha sido la jurisprudencia constitucional en este punto a lo largo de estas tres décadas⁶⁰ aunque en el caso que aquí nos ocupa no contamos hasta la fecha con ninguna resolución en la materia.

Destacable ha sido la labor del Tribunal Constitucional durante este tiempo, ya que, más allá de discrepancias sobre la fórmula teórica articulada para la configuración de la relación penitenciaria, ha sido indudable elemento dinamizador en este campo con su amplia y consolidada jurisprudencia con relación a los derechos fundamentales del interno. Con independencia de que contemos también con algunas sentencias que presentan claros flancos a la crítica, y otras en las que puede echarse de menos cierta audacia, lo cierto es que su copiosa jurisprudencia sobre esta materia, ha permitido que en determinadas cuestiones se produzcan avances significativos en orden a hacer efectiva las apelaciones del artículo 25 de nuestro texto constitucional relativas a los derechos fundamentales del recluso. Así, por ejemplo, en el derecho a la intimidad, donde se ha conseguido atenuar –aunque en puntuales cuestiones–

⁵⁸ “Art. 27. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

⁵⁹ “Art. 30. Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inherentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução”.

⁶⁰ Ya hemos visto que la primera ocasión, de forma temprana, fue con ocasión de un tema de presentación de escritos en centros penitenciarios y el computo *a quo* de los mismos (STC 29/1981, de 24 de julio); la última hasta el momento con una sanción disciplinaria como tema de fondo (STC 59/2011, de 3 de mayo), donde el Alto Tribunal llegó a acusar al tribunal cuya resolución se recurrió de una “negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”; aunque vinculado al tema penitenciario, concretamente al ámbito educativo, no podemos tener en cuenta la reciente sentencia del TC de 19 de diciembre de 2011, ya que se orienta no desde la perspectiva del recluso sino desde la de la autonomía universitaria.

De forma más específica, vid. Fernando Reviriego Picón, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008 y Javier Nistal Burón, “30 años de legislación penitenciaria bajo el prisma del Tribunal Constitucional”, *La Ley*, nº 7250, 2009.

la indudable afección que sufre el mismo en el ámbito penitenciario, mostrando con claridad hacia donde debe caminar nuestro sistema penitenciario; o también en el ámbito de las comunicaciones; una doctrina que, no sin dificultad, ha terminado por encontrar reflejo en diferentes reformas normativas como la del propio Reglamento⁶¹.

No puede dejarse de lado al hablar de esta materia a la importantísima actuación tuitiva de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Una figura creada *ex novo* acertadamente por la Ley del 79, y que supuso desde su creación un evidente estímulo en orden a hacer efectivos dichos derechos en los centros penitenciarios, sirviendo de elemento correctivo de las desviaciones producidas en tal régimen. Recordemos que entre las competencias de estos se cuenta la de “salvaguardar los derechos de los internos” así como “corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”. Deberán acordar así lo procedente respecto de las diferentes peticiones o quejas que los internos pudieran formular respecto del régimen y tratamiento penitenciario “en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos”⁶².

Tampoco, qué duda cabe, la intensa actividad desarrollada desde la institución del Defensor del Pueblo tanto con la recepción de quejas como mediante las visitas periódicamente realizadas en los diversos centros del sistema penitenciario y que ocupan un importante capítulo en sus informes anuales.

V. SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU CONTENIDO

Como es bien sabido el artículo 16 de nuestro texto constitucional garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de individuos y comunidades sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público; a ello se añade la imposibilidad de obligar a una persona a declarar

⁶¹ Entre las cuestiones introducidas en la reforma del 96 cabe destacar, por ejemplo, las previsiones relativas a los cacheos (acomodando el Reglamento a la doctrina de la STC 57/1994, de 28 de febrero, caso “Cacheos con desnudo integral y comunicaciones íntimas de los reclusos”) o a las comunicaciones con los abogados defensores (STC 58/1998, de 16 de marzo, caso “Comunicaciones con abogado defensor”). Sobre este último punto vid. Javier Nistal Martínez, “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, *La Ley*, nº 7383, 2010.

⁶² Cabe apuntar que las deficiencias en su configuración, derivadas de la proclamación genérica de la Ley Penitenciaria y de la necesidad de normas procesales adecuadas para su jurisdicción, llevaron a la presentación de un proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la VI Legislatura (*BOCG*, CD, Serie A, 29 de abril de 1997, nº 41-1) que terminaría caducando en virtud de la aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados por causa de la disolución de las Cortes Generales (*BOCG*, CD, Serie D, 4 de febrero de 2000, nº 543). Unido a esto, o mejor dicho, como consecuencia de esto, tienen una indudable relevancia los acuerdos y criterios de actuación adoptados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus reuniones.

sobre su ideología, religión o creencias, así como al hecho de que los poderes públicos (una vez establecido que ninguna confesión tendrá carácter estatal) tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española debiendo mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones.

Como hemos apuntado *supra* el ámbito penitenciario es un entorno cuya peculiaridad deriva de su carácter cerrado, encontrándonos en una relación de sujeción especial.

Antes de entrar en las específicas previsiones contenidas en la normativa penitenciaria cabe apuntar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, apenas dos décadas después de la experiencia de corto recorrido de la fracasada Sociedad de Naciones, recogen bajo la rubrica “religión” la previsión de que si el centro penitenciario tiene un número suficiente de reclusos de una misma religión habrá de nombrarse o admitirse un representante autorizado para ese culto, ejerciendo servicio de carácter continuo cuando el número de reclusos lo justifique y las circunstancias así lo permitan. Se establece asimismo que dicho representante deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos, efectuando, cuando corresponda, visitas a los reclusos, no negándose nunca al recluso el derecho a comunicarse con el representante autorizado de su religión. A ello se añade la autorización al recluso “dentro de lo posible” a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento así como a tener en su poder libros de instrucción religiosa de su confesión.

Por su parte, las Reglas Penitenciarias Europeas (que ya van por su tercera versión; 1973, 1987 y 2006) establecen que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los internos debe ser respetado, debiendo organizarse el régimen penitenciario “en la medida de lo posible”, para que se permita a los internos la práctica de su religión participando en los servicios correspondientes (dirigidos por los representantes reconocidos de sus religiones), pudiendo recibir en privado a dichos representantes y poseer publicaciones de carácter religioso o espiritual. Se puntualiza la imposibilidad de que sean compelido a practicar una religión o participar en servicios religiosos o recibir visitas de representantes de cualquier religión.

Teniendo muy presentes las disposiciones anteriores (en el caso de las Reglas Penitenciarias Europeas, su primera versión lógicamente) la Ley Orgánica General Penitenciaria⁶³ contempló en el Capítulo IX de su Título II (Régimen Penitenciario) la asistencia religiosa estableciendo que “La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los me-

⁶³ Un detallado estudio de la normativa penitenciaria puede verse en Tomás Montero Hernanz, *Legislación penitenciaria comentada y concordada*, La Ley, Madrid, 2011.

dios para que dicha libertad pueda ejercitarse” (artículo 54); una previsión similar a la que se recogería poco después en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁶⁴, donde se especificó que la libertad religiosa y de culto debía ser acompañada, para su aplicación real y efectiva, de la adopción de las medidas necesarias para su facilitación en establecimientos penitenciarios⁶⁵.

Recordemos que entre los elementos protegidos por esa libertad religiosa y de culto, con la consiguiente inmunidad de coacción, se cuenta profesar las creencias que libremente elija o no profesar ninguna, cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus creencias o ausencia de las mismas o abstenerse a declarar; practicar los actos de culto, recibir asistencia religiosa, conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales, no ser obligado a practicar actos de culto o recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones; recibir e impartir enseñanza o información religiosa; reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas. Inmediatamente a continuación de estas previsiones la Ley Orgánica de Libertad Religiosa contemplaba también el derecho de Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o reunión, designar y formar a sus ministros, divulgar y propagar su propio credo y mantener relaciones con sus propias organizaciones u otras confesiones. Estas últimas previsiones nos interesan en menor medida pues aquí, en el ámbito que nos ocupa, el elemento determinante es el interno, la solicitud o llamada del interno, al que la confesión trata de atender; esto es, aquí la óptica a contemplar es unidireccional,

⁶⁴ Art. 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.

Cabe apuntar que en diciembre de 1979 se ratificaron los Acuerdos con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos que establecieron en su art. IV que el Estado reconocía y garantizaba el ejercicio de la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en los establecimientos penitenciarios. Para el desarrollo de dicho punto debe estarse a lo previsto en la Orden de 24 de noviembre de 1993 por la que se dispone la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos *penitenciarios*. El hecho de que este último acuerdo posibilitara terminar con el sistema de asistencia religiosa de integración orgánica no impide que, como apunta Joaquín Mantecón Sancho, pueda cuestionarse la oportunidad del sistema adoptado, “La asistencia religiosa en el sistema penitenciario español”, cit., pp. 254/255.

Un específico comentario de este acuerdo puede verse en María Moreno Antón, “La asistencia religiosa en centros penitenciarios”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 51, nº 136, 1994, pp. 199 y ss.

⁶⁵ De otro lado, debemos reseñar que Cataluña ha sido la única Comunidad a la que se han transferido las competencias penitenciarias (RD 3482/1983, de 28 de diciembre), debiendo tener presente las previsiones contenidas en su Reglamento (se limitó a una breve reseña en materia alimenticia como luego veremos) y de forma más específica a la Instrucción 1/2005, de 27 de abril (vid. asimismo art. 168 E.A). Un comentario de esta instrucción puede verse en Francisca Pérez Madrid, “La asistencia religiosa penitenciaria en Cataluña: la instrucción 1/2005, del dret a rebre atenció religiosa en el medi penitenciari”, *Ius Canonicum*, vol. 46, nº 91, 2006, pp. 219 y ss.

ocupando o llegando la confesión a la institución penitenciaria por esa razón pero de ninguna manera desde un mero acto de proselitismo sin llamada previa.

No es aquella la única referencia que encontramos en la ley penitenciaria a esta cuestión, pues junto al marco general de prescripción relativo a que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad y derechos de los reclusos sin poderse establecer diferencia alguna por razón de creencias religiosas (art. 3), encontramos reseñas más concretas como la relativa a cuestiones alimenticias (art. 21), participación en actividades religiosas (art. 24), distribución del tiempo de forma que puedan quedar atendidas las necesidades espirituales de los reclusos (art. 25), comunicación con sacerdotes o ministros de la religión del recluso⁶⁶ (art. 51) o incluso a las propuestas de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la materia (art. 77).

En el Reglamento Penitenciario aprobado poco después (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo⁶⁷) las referencias fueron lógicamente más extensas.

Así, junto a la lógica reiteración de la libertad religiosa y la prohibición de discriminación por esos motivos (arts. 5.2 y 3.4, respectivamente), se contempló un capítulo específico sobre esta cuestión insistiendo en la necesidad de garantía de dicha libertad por parte de la Administración facilitando los medios necesarios para su ejercicio (art. 180). Se recogió igualmente de forma expresa la no obligatoriedad de asistencia a ningún acto de culto ni la limitación de asistencia. De forma expresa se hacía referencia al cuerpo de capellanes de instituciones penitenciarias que, caso de haberlo en el centro penitenciario, habrían de ser quienes atendieran de forma general a los reclusos de religión católica (a un sacerdote de la localidad en su defecto); ello sin perjuicio de los acuerdos que pudieran concluirse con otras confesiones.

A tales efectos se establecía la obligación de habilitar un local adecuado para la celebración de actos de culto o asistencia de las diferentes iglesias, confesiones o comunidades religiosas. También, la necesidad de que las normas de régimen interno adoptaran las medidas necesarias para garantizar la asistencia religiosa o las comunicaciones; junto a ello añadía una coletilla final señalando que la actividad religiosa comprendería “todas las actividades que se consideran necesarias para el adecuado desarrollo de la persona” (art. 181). También se insistió en la cuestión relativa a la alimentación conforme a las convicciones filosóficas o religiosas del recluso (art. 220).

⁶⁶ Estas comunicaciones pueden ser intervenidas. Crítico con esta posible intervención y la menor intensidad de su protección se muestra Joaquín Mantecón Sancho, “La asistencia religiosa penitenciaria en las normas unilaterales y acuerdos con las confesiones”, *Ius Canonicum*, vol. XXXVII, 1997, p. 579.

⁶⁷ La Disposición Final Segunda de la Ley estableció en un año, desde su entrada en vigor, el plazo para la aprobación por el Gobierno del reglamento de desarrollo, permaneciendo vigente hasta entonces el Reglamento de Prisiones de 1956 modificado por Decretos de 1964, 1968, 1970 y 1977, en todo lo que no se opusieran a los preceptos de aquella.

Extensísima era la reseña referida a los capellanes (arts. 292 y 293) quienes tendrían a su cargo los servicios religiosos y la asistencia espiritual y enseñanza religiosa de los internos que lo solicitaran; como señalaba el reglamento, con de funciones “cuasi parroquiales”⁶⁸. Como funciones específicas les correspondían: “1. Celebrar la santa misa los domingos y días festivos para facilitar el cumplimiento del precepto dominical a la población reclusa. 2. Organizar y dirigir la catequesis, explicar el evangelio en la misa de los domingos y das de precepto, y dar charlas sobre temas de dogma, moral o formación humana. 3. Administrar los sacramentos e inscribir en el libro correspondiente los datos relativos a bautismos, matrimonios y defunciones acaecidos en el establecimiento, sin perjuicio de que, por medio del director, se de cuenta al registro civil y al párroco para las inscripciones legales. 4. Visitar a los internos a su ingresos en el establecimiento y dedicar, al menos, una hora al día para recibir en su despacho a aquellos que deseen exponerle las dudas y problemas que les afecten. 5. Acudir al establecimiento cuando fuere requerido por el director o quien haga sus veces y despachar con el para darle cuenta de la marcha de las actividades que tiene a su cargo. 6. Organizar y dirigir la documentación administrativa de la capellanía, los inventarios de objetos sagrados y de culto y remitir al centro directivo los partes, informes y estadísticas que este le ordene”. Resulta destacable que no fue sino hasta hace poco menos de una década cuando se declaró a extinguir este Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias⁶⁹.

En el caso de los establecimientos militares penitenciarios militares, regulados por el RD 3331/1978, de 22 de diciembre, hasta su derogación en 1992⁷⁰, las referencias a los capellanes, como encargados del servicio religioso, eran igualmente muy extensas: le correspondía la instrucción y formación religiosa en los días y horas señalados para ellos, estando subordinado directamente al gobernador en todo lo que no tuviera carácter puramente espiritual; tener a su cargo la capilla, ornamentos y efectos dedicados al culto; desempeñar su cometido con arreglo al horario señalado por el gobernador,

⁶⁸ “Art. 293. 1. Los capellanes ejercen en los establecimientos funciones cuasi parroquiales aunque, por no estar exentos de la jurisdicción ordinaria, dependan del párroco correspondiente en todo lo que concierne a los llamados derechos parroquiales. Por esta razón, podrán los párrocos ejercer su sagrado ministerio en los establecimientos penitenciarios pertenecientes a su parroquia, de acuerdo con el capellán y con sujeción a las disposiciones de este reglamento”.

⁶⁹ Art. 50 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre que procedió a la reforma de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

⁷⁰ El Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares que derogó el RD de 1978, contó con un articulado mucho más breve (pasó de 217 a 42 artículos) en el que incluir únicamente las especificidades de la organización militar con remisión al resto al régimen común; así no es de extrañar que la única previsión relativa a la libertad religiosa sea la relativa a la de su garantía (art. 3).

salvo en los casos de asistencia espiritual urgente; mantener estrecha relación con los reclusos a fin de conocerlos personalmente, así como sus necesidades espirituales y circunstancias familiares; en caso de no existir maestro nacional, desempeñar sus cometidos; en los días de precepto, celebrar misa obligatoriamente dentro del recinto de la penitenciaria en la capilla o lugar designado. En lo relativo a otras religiones se limitaba a señalar más escuetamente “si solicita asistencia espiritual de (...) ministro de otra religión, se le complacerá en lo posible” así como, en lo relativo a la instrucción que “los no católicos podrán ser atendidos por un ministro de su propio culto; en cualquier caso, dicha instrucción será siempre voluntaria”. Mas junto a ello podíamos encontrar incluso previsiones más llamativas como la necesidad de declarar, incorporándolo así al expediente correspondiente, la religión del recluso, a la entrada en el centro (contraria claramente al art. 16 CE⁷¹), así como la sanción de presuntas blasfemias o actos de “irreverencia” (“se reprimirá con todo rigor cualquier demostración exterior que signifique irreverencia o burla a las creencias religiosas, así como proferir blasfemias”; “se estimarán como faltas graves (...) proferir blasfemias, irreverencias o burlas con las creencias religiosas, o realizar actos contrarios a la moral y buenas costumbres”).

El Reglamento Penitenciario fue reformado casi en su totalidad en 1996⁷²; múltiples razones así lo aconsejaban. Lo cierto es que, más allá de otras cuestiones, como se señaló en su exposición de motivos, el panorama penitenciario en aquel momento era bien dispar al existente quince años atrás: incremento exponencial de los reclusos extranjeros (se señalará de forma expresa que se había procurado incorporar la mayoría de las recomendaciones del Consejo de Europa relativas a los reclusos extranjeros –que no pueden ser discriminados por razón de su nacionalidad–), aumento del número de mujeres, envejecimiento de la población reclusa, aparición de nuevas patologías, etc.

La asistencia religiosa se contempló en el Capítulo III del Reglamento. De esta forma, el art. 230 estableció en primer lugar el derecho de los internos a “dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas”

⁷¹ Cuestión diferente es que para atender las creencias religiosas de los internos los centros deban conocer las mismas y atender las solicitudes pero vincularlo de forma general a todo ingreso y sin solicitud del recluso vulnera claramente las previsiones constitucionales.

Como apunta Miguel Rodríguez Blanco, “entre las exigencias propias de la relación jurídica penitenciaria que pueden limitar el derecho de libertad religiosa se encuentra la necesidad de que la dirección del centro conozca cuáles son las creencias religiosas de los internos. Sólo así será posible respetar las necesidades de alimentación de los reclusos, los días festivos de acuerdo con sus creencias y, en su caso, programar y organizar las prácticas y servicios religiosos”, *La libertad religiosa en los centros penitenciarios*, Ministerio del Interior, 2008, Madrid, p. 67.

⁷² Del Reglamento de 1981 mantuvo la vigencia de los arts. 108, 109, 110, 111 y 124 –primer párrafo– (faltas o infracciones de los internos, sanciones disciplinarias y actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada).

uniéndose a ese derecho la posible habilitación de “espacios”⁷³ para la práctica de los ritos religiosos en los centros.

A esto se añadía lógicamente la previsión de que ningún interno podrá ser obligado a la asistencia o participación en actos de alguna confesión religiosa, así como la facilitación por parte de la Autoridad penitenciaria del respeto de la alimentación, ritos y días de fiesta de las diferentes confesiones de los reclusos, ahora bien “siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos”. La coletilla final de dicho artículo se remitió a los acuerdos firmados por el Estado con las diferentes confesiones religiosas.

Aparte de este artículo 230 hay que apuntar que en otros momentos del articulado del Reglamento se hacía referencia a diferentes cuestiones, atinentes unas a la protección de datos⁷⁴, otras a la participación de internos en actividades religiosas⁷⁵, así como insistiendo en cuestiones alimenticias en las que luego profundizaremos al hilo de concretos supuestos de los que han conocido los tribunales⁷⁶.

⁷³ La Circular 4/1997, de 17 de marzo (que sería derogada posteriormente por la Instrucción 6/2007, de 21 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias) hablaba únicamente la necesidad de un local o espacio adecuado a esos efectos.

En los acuerdos de 1993 sobre asistencia religiosa católica en establecimientos penitenciarios se estableció que los mismos “dispondrán de una capilla para la oración y, si ello no fuera posible, deberán contar con un local apto para la celebración de los actos de culto, cuyas dimensiones estarán en función de la estructura y de las necesidades religiosas del Centro, y con un despacho destinado al resto de las actividades propias de la asistencia religiosa, cuyo mantenimiento y reparaciones, así como la adquisición de los elementos materiales de culto, correrán a cargo de la Administración penitenciaria” (art. 7 Orden de 24 de noviembre de 1993).

⁷⁴ Art. 7 Cuando los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los relativos a su ideología, religión o creencias” (vid. también art. 8.1 R.P.).

⁷⁵ “Art. 55. Áreas de participación. 1. Los internos participarán en la organización del horario y de las actividades de orden (...) religioso (...);” “Artículo 56. Participación en régimen abierto. 1. En los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto podrán formarse tantas Comisiones cuantas sean las áreas de actividades que los Consejos de Dirección acuerden que deben participar los internos. En todo caso se constituirán tres Comisiones: La primera para la programación y desarrollo de las actividades educativas, culturales y religiosas (...);” “Artículo 273. Funciones. La Junta de Tratamiento, sin perjuicio de las funciones del Centro Directivo y del Equipo Técnico, ejercerá las siguientes funciones: i) Organizar (...) por unidades de separación interior, los procedimientos de designación de aquellos internos que hayan de participar en actividades o responsabilidades de orden educativo, formativo, laboral, sociocultural, recreativo, deportivo o religioso.

⁷⁶ “Artículo 226. Alimentación. 1. En todos los Centros penitenciarios se proporcionará a los internos una alimentación convenientemente preparada, que debe responder (...) en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas”.

Apenas cuatro años antes de la aprobación de este Reglamento se habían aprobado con contenido bastante parejo (Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre) los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas –en la actualidad, Judías– y la Comisión Islámica de España⁷⁷.

En el artículo noveno de las apuntadas leyes se garantizaba el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa en centros penitenciarios (por los ministros de culto designados por las Iglesias respectivas –de conformidad a la FEDERE–, por las Comunidades judías pertenecientes a la Federación de Comunidades judías, o por Imanes o personas designadas por las comunidades, respectivamente; en todos los casos debidamente autorizadas por los centros penitenciarios). Un acceso libre y sin limitación de horario aunque con la debida observancia de las normas de organización y régimen interno de los centros.

De la lectura del texto de dichos artículos llama la atención la diferencia de las dos últimas con la primera, en tanto que en éstas las direcciones de los centros están obligados a transmitir a la Comunidad Judía o a la Comisión Islámica las solicitudes de asistencia espiritual de internos o familiares (esto último en el caso de que los propios interesados no estuvieren en condiciones de hacerlo⁷⁸). No obstante, y como bien se ha señalado, aunque no se contempla en el acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, esta comunicación también debe lógicamente ser realizada. Como apunta Miguel Rodríguez Blanco “así se deduce del principio constitucional de libertad religiosa y de la obligación de los poderes públicos de interpretar las normas en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”⁷⁹.

Tampoco se contempla, en el caso del acuerdo con esta Federación día festivo alguno, como sí se hace por el contrario en el caso del elaborado con la Comunidad Judía (Año Nuevo –Rosh Hashaná–, 1. y 2. día; Día de Expiación –Yom Kippur–; Fiesta de las Cabañas –Succoth–, 1., 2., 7. y 8. Día; Pascua –Pesaj–, 1., 2., 7. y 8. Día; Pentecostés –Shavuot–, 1. y 2. Día) o la Comisión Islámica (Al Hiyra, correspondiente al 1. de Muhamarram, primer día del Año Nuevo Islámico; Achura, décimo día de Muhamarram; Idu al-Maulid, corresponde al 12 de Rabiu al Awwal, nacimiento del Profeta; Al Isra Wa Al-Mi’ray; corresponde al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta; Idu Al-Fitr,

⁷⁷ Sobre estos acuerdos vid. Abraham Barrero Ortega, “Apuntes críticos al sistema español de acuerdos de colaboración”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 33, 2008, pp. 123 y ss.

⁷⁸ Curiosamente, la referencia a los familiares no se contendrá en el posterior RD 710/2006, de 9 de junio, pese a que durante su elaboración se puso de manifiesto en el Informe elaborado al efecto por el CGPJ que recomendó su inclusión.

⁷⁹ Miguel Rodríguez Blanco “Asistencia religiosa penitenciaria de las confesiones minoritarias con acuerdo de cooperación”, *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Martín Sánchez, I., González Sánchez, M. (Coords.), Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 183 y ss.

corresponde a los días 1., 2. y 3. de Shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán: Idu Al-Adha, corresponde a los días 10., 11. y 12. de Du Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham).

Más allá de esta cuestión puntual, hay que destacar que todavía hubo que esperar prácticamente tres lustros hasta la aprobación del Real Decreto de desarrollo de dichos Acuerdos en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria (RD 710/2006, de 9 de junio).

En dicha norma se concretó como contenido de la asistencia religiosa “las dirigidas al ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la instrucción y el asesoramiento moral y religioso así como, en su caso, las honras fúnebres en el correspondiente rito”. Un acceso a los centros, de los Ministros de culto autorizados, que no ha de tener más limitaciones –como ya se apuntaba en las tres leyes citadas– que las que deriven de la “necesaria observancia de las normas establecidas en el ordenamiento penitenciario español en lo referente al horario y a la disciplina del centro, así como a los principios de libertad religiosa”; a estos efectos, dichos ministros deberán asumir aquellas normas, en materia de control y seguridad, que pueda disponerse por parte de la Administración penitenciaria, que puede derivar en una eventual limitación del acceso con base a dichas normas como así ha sucedido en alguna ocasión⁸⁰. La asistencia (por parte de personas de estas confesiones) deberá solicitarse a la dirección del centro a los efectos de facilitar y coordinar la correspondiente organización.

Referencia inexcusable es asimismo la Instrucción 6/2007, de 21 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en orden a regular el ejercicio del culto, prestación de servicios rituales, instrucción y asesoramiento moral y religioso, y, en su caso, las honras fúnebres. En dicha Instrucción se establecieron diferentes normas procedimentales en función de la firma o no, por parte de las confesiones religiosas, de los Acuerdos de Cooperación con el Estado. Todo ello en lo relativo a la documentación necesaria a aportar de cara a la autorización de la entrada a los ministros de culto en los centros: certificado de la iglesia o comunidad de que dependa el ministro de culto con la conformidad de su respectiva federación o comisión, que acredite que la persona propuesta pertenece a la misma y se dedica establemente al ministerio religioso; certificado negativo de antecedentes penales en nuestro país o en su país de origen si fuera extranjero; reseña de los centros para los que se solicita acreditación; certificado de estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (esto último sólo para el caso de las entidades no incluidas en los acuerdos de cooperación).

⁸⁰ Recientemente podemos apuntar el supuesto acontecido en diciembre de 2011 en el centro de El Acebuche donde un grupo de presos de origen árabe y el imán que semanalmente acudía al centro para la oración acorralaron a un funcionario que accedió a la sala multiusos, habilitada como sala de oración, para informar que era la hora de la comida. El Director del centro penitenciario emitió provisionalmente una orden de prohibición de acceso al imán.

Se establece de forma específica en dicha Instrucción con relación a los “espacios” que “para la prestación de la asistencia religiosa en los centros, se podrán habilitar locales en función de las solicitudes existentes, pudiendo ser destinados a estos fines espacios de usos múltiples”.

Podemos reseñar por último, en este rápido apunte, que los últimos datos conocidos sobre ministros de culto autorizados por la Secretaría General de Instituciones Penitencias los cifran en alrededor de cuatrocientos, pertenecientes a las siguientes confesiones religiosas: Iglesia Católica, Iglesia Ortodoxa, Culto Islámico, Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y Testigos Cristianos de Jehová⁸¹; ese mismo año se puso de manifiesto el importante apunte de las dos últimas confesiones⁸².

VI. SÍMBOLOS Y ESPACIOS; HUECOS Y RECOVECOS

Apuntábamos al inicio de estas notas las peculiaridades de estos espacios derivados de su carácter cerrado, hecho que lleva a que la Administración tenga que tratar de remover los obstáculos para que esta libertad religiosa y de culto pueda desarrollarse de forma efectiva⁸³. A ese carácter cerrado se unen diferentes problemáticas, ya que no sólo podríamos hablar de eventuales conflictos en espacios públicos (habilitación de locales) sino, en buena medida, privados (nos referimos a las celdas, en tanto es ello posible). En este apartado abordaremos algunos de esos eventuales e hipotéticos conflictos.

Espacios públicos y... privados. La compartición de celda provoca en ocasiones la convivencia en una celda de reclusos con ideologías variadas, filosofías o religiones variadas, en ocasiones absolutamente contrapuestas.

Recordemos que la sensibilidad que parecen denotar las previsiones de la normativa penitenciaria respecto de la intimidad del recluso con relación al principio celular (se establece con carácter general que cada interno debe ocupar una celda individual) no impide que, en ocasiones (esto, teóricamente) bien por las concretas dimensiones de la celda de que se trate, bien por un incremento temporal de la población penitenciaria, pueda alojarse a más de un interno por celda⁸⁴.

⁸¹ Vid. la respuesta del Secretario de Estado de Asuntos Constitucionales y Parlamentarios a la pregunta al Gobierno con respuesta escrita planteada desde el GPP (BOCG, Serie D, núm. 286, de 6 de noviembre de 2009).

⁸² A lo largo de 2009 se tramitaron 118 altas de ministros o auxiliares de culto en las siguientes confesiones: Testigos Cristianos de Jehová (50), F.E.D.E.R.E. (43), Iglesia Católica (21), Culto Islámico (3) e Iglesia Anglicana (1).

⁸³ Un apunte sobre los modelos organizativos existentes en la asistencia religiosa penitenciaria puede verse en Àlex Seglers Gómez-Quintero, *Prisiones y Libertad Religiosa*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 50 y ss.

⁸⁴ Cabe apuntar algunos recursos planteados por esta cuestión; a título de ejemplo podríamos apuntar el Auto de la AP de Madrid 186/2005, de 10 de junio –JVP nº 2, exp. 100/2003– o 1378/2005, de 11 de mayo –JVP nº 3, exp. 478/2004–.

Sin entrar a valorar el hecho de que la práctica ha determinado que lo que se configura como una eventual limitación meramente temporal, pueda consagrarse de manera cuasi-permanente a causa de la masificación de los centros penitenciarios, lo único cierto es que esa compartición, por sí sola, no implica a criterio del Tribunal Constitucional la vulneración de la intimidad del recluso. No puede hablarse, por tanto, sobre la base de las previsiones de la Ley Penitenciaria, de un derecho subjetivo del recluso a la celda individualizada; idea que fue señalada con claridad por aquél cuando conoció de esta cuestión en la STC 195/1995, de 19 de diciembre, caso “Principio celular”.

En todo caso, no debemos olvidar, como apunta Delgado Rincón, la celda es el “reducto principal de la intimidad de los presos y, asimismo, el principio celular encuentra su fundamento en la necesidad de respetar la personalidad y la dignidad humana de los reclusos”⁸⁵.

Más allá de esta específica cuestión sobre el principio celular y sus consecuencias, lo cierto es que esa convivencia puede plantear conflictos y de hecho en la práctica penitenciaria, hasta donde tenemos noticia, ello ha acontecido en diferentes ocasiones; cuestiones que han tratado de solventarse en los centros penitenciarios con mejor o peor fortuna.

Participación en actividades comunes y asistencia a lugares de culto. Junto a los problemas de esa compartición, podemos apuntar los conflictos de la posible falta de atención religiosa.

Destaquemos en primer lugar que esa desatención, sin ofrecer alternativa alguna, la encontramos por ejemplo en el fondo del caso resuelto por Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 30 de noviembre de 2006 (caso Dmitrijevs v. Letonia) donde se estimó vulnerado el art. 9 del Convenio al no haberle autorizado al interno (en situación de prisión provisional) la participación en ceremonias religiosas en la capilla del centro en orden a garantizar su aislamiento.

En nuestro entorno podemos citar también algunas resoluciones judiciales en las que se ha abordado la atención religiosa en los centros penitenciarios y sus eventuales modulaciones derivadas de las exigencias de seguridad del centro y resto de internos. Así, a título de ejemplo, podemos hacer referencia al Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, de 30 de septiembre de 1996, que, admitiendo esa modulación, señala otras posibles vías de atención de sus inquietudes religiosas: “no se le permite la asistencia a la celebración de la Santa Misa por razones de seguridad, pues se encuentra clasificado en primer grado de tratamiento, con la modalidad de vida en departamento especial por su comportamiento in-

⁸⁵ Luis Delgado del Rincón, “Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006, pág. 196.

Vid., asimismo, Juan Luis de Diego, “El derecho a la intimidad en los centros penitenciarios”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 8, 2011.

adaptado para la convivencia con el resto de compañeros de internamiento. El interno tiene la posibilidad de seguir y participar en el culto a través de las emisiones de televisión y cadenas de radio, y además puede solicitar la asistencia de los capellanes que existen en el Centro Penitenciario”. Una alegada desatención de su solicitud de asistencia religiosa, unida a otra pregunta denegación de celebración de matrimonio canónico es objeto posteriormente de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 2002 (Sala de lo Contencioso) sobre la base de una reclamación de indemnización de responsabilidad patrimonial por todo ello. El recurso fue desestimado no habiéndose apreciado solicitud de servicio religioso alguno y tras constatarse que fueron los propios contrayentes los que habían desistido de la eventual celebración. Recurrido el fallo en casación el recurso fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2007 –Sala de lo Contencioso–.

Cabe destacar igualmente que si bien es claro que en la asistencia a los actos de culto es absolutamente voluntaria, no podemos menos que apuntar que en algunas ocasiones, incluso tras la entrada en vigor del texto constitucional, esto no fue así. Ya en el Informe monográfico del Defensor del Pueblo sobre el ámbito penitenciario de 1997 se apuntaba que se habían detectado casos, se ponía el ejemplo de la prisión naval de El Ferrol, que se obligaba a los internos a asistir a misa todos los días⁸⁶. No parece preciso insistir en un punto que se presenta evidente.

Alimentación y creencias. La alimentación es otro elemento sobre el que pueden hacerse algunos concretos apuntes en estas notas.

Como bien apunta Martín Retortillo “no es infrecuente que las religiones exijan de sus fieles formas de vida y respuestas positivas que predeterminan su actuar en sociedad: oraciones, visitas a los lugares de culto, a veces en cuanto al atuendo y, en no pocas ocasiones, en relación con los alimentos, ya en cuanto a los tiempos –observando el ayuno, por ejemplo–, ya en forma de prohibiciones de injerir con carácter general determinadas sustancias. Lo que en la vida cotidiana puede no tener trascendencia exterior –a nadie importa en principio, diríamos, si uno consume o no alcohol, por ejemplo–, pero a veces puede tener trascendencia en cuanto, por determinadas circunstancias, tales hábitos pueden chocar con las prácticas habituales en el ambiente concreto”⁸⁷.

⁸⁶ *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos (1988-1996)*, Defensor del Pueblo, 1997, p. 233.

⁸⁷ Lorenzo Martín-Retortillo, *Pluralismo y libertad religiosa: la situación de las minorías* (Ciclo de conferencias pronunciado en 2011 en el Colegio Libre de Eméritos).

Aunque desde una perspectiva extrajurídica puede verse, por abordar de forma específica estas cuestiones, Almudena Mora Notario, “Antropología de la alimentación. Cambios adaptativos en los hábitos alimentarios en un centro penitenciario según el grupo cultural de procedencia”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 255, 2011, pp. 135 y ss.

Es por ello que están previstos así diferentes menús en los centros penitenciarios⁸⁸, bien por temas de salud (diabéticos, dieta blanda...) bien por cuestiones ideológicas o religiosas (vegetarianos, musulmanes...).

Una cuestión sobre la que, ni en la teoría ni en la práctica, se han producido graves problemas. Ya en los informes específicos sobre el ámbito penitenciario elaborados desde el Defensor del Pueblo en la década de los ochenta y los noventa podemos ver que se apuntaban estas cuestiones. Así, en el informe especial del Defensor del Pueblo que abordaba la situación penitenciaria de los reclusos de 1988 a 1996 el Defensor del Pueblo se puso de manifiesto que los centros penitenciarios habían realizado las adaptaciones necesarias para garantizar la alimentación conforme las convicciones religiosas o personales, y de forma más específica que la organización regimental venía adaptándose con normalidad a las pautas de la religión musulmana vinculada a los horarios del Ramadán⁸⁹. Por su parte en el anterior informe de 1987⁹⁰ ya se venía apreciando el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas en materia alimentaria, apuntándose en aquel momento los centros de Ceuta y Algeciras como ejemplos.

Pueden apuntarse no obstante algunos casos de los que han debido conocer diferentes Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Con relación a un alimento concreto, no tanto a una dieta, estimándose la vulneración de asistencia, podemos citar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos, de 10 de julio de 1997, donde se estimó la queja de un recluso por no poder consumir pan ácimo por motivos religiosos; como se señala en la resolución no es de recibo “el argumento esgrimido por el Centro del artículo 51 del Reglamento Penitenciario, pues dicho precepto considera no haber lugar, por obvias razones de seguridad e higiene, a la introducción de alimentos en el Centro con destino a internos hecho por terceras personas, pero no a la adquisición, a través de los cauces legales, de los alimentos que puedan, sobre todo por motivos tan atendibles como los religiosos, adquirir del exterior los propios alimentos. Téngase en cuenta, al efecto, que la administración penitenciaria debe, en materia de alimentación, respetar las creencias religiosas de los internos, según el artículo 21.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y aunque ello debe hacerse, como dice el precepto, “dentro de lo posible”, y es admisible que la religión judía, aunque solidariamente enraizada en España, es seguida por una protegible minoría, y por ello

⁸⁸ Vid. arts. 21.2 LOGP, 226.1 y 230.3 RP.; en el caso de Cataluña Vid. art. 89 RPC.

Las Reglas Penitenciarias Europeas de 1973 ya contemplaba esta cuestión “en la medida de lo posible”, en su regla nº 19; en la última versión aprobada en 2006 se contempla de forma más detallada la cuestión alimenticia en su regla nº 22. También se recoge en las Reglas Europeas para delincuentes juveniles –Rec(2008)11– (regla 68.1).

⁸⁹ *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos (1988-1996)*, Defensor del Pueblo, 1997, p. 105.

⁹⁰ *Situación penitenciaria en España (1987)*, Defensor del Pueblo, 1987, p. 47.

no quepa hacer un exhaustivo cuidado de todos y cada uno de sus ritos, ello no puede ser obstáculo para que, por la Administración, por la vía de los artículos 303 y 304 del Reglamento Penitenciario, no se facilite al recluso que, adoptándose las medidas pertinentes, pueda cumplir sus obligaciones religiosas adquiriendo pan ácimo, por lo que debe acogerse, como se hace, su queja".

Por su parte, el suministro de una dieta vegetariana (vinculado en algunos casos a la religión hinduista del recluso) es objeto de diferentes resoluciones, en ocasiones con resultado dispar.

Cabe apuntar así el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, de 4 de noviembre de 1997, donde se acepta la queja del interno que solicita el mismo por causa de sus convicciones filosóficas y religiosas.

También el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria, de 27 de agosto de 1998, donde podemos leer: "Si bien es cierto que la Administración no puede estar confeccionando menús a la carta, no lo es menos que en este caso no se trata de que el interno pueda elegir a la carta los platos que cada día desea comer sino de confeccionarle un menú lacto-vegetariano, labor que se mantiene dentro de las competencias de la Administración Penitenciaria y con supervisión de los servicios médicos para que aporte un adecuado valor nutricional, como ocurre con otro tipos de menú, que se sirven en el Centro. De la misma forma que existe un menú para musulmanes por sus convicciones religiosas en el que se excluyen determinados alimentos debe admitirse la confección de un menú lacto-vegetariano *con el mismo fundamento de la convicción personal o religiosa*".

Con diferente resolución final, amparada en la protección de la salud del interno, podemos citar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, de 30 de septiembre de 1996, en donde se señalará que el deber de velar por la salud del interno contenido en la normativa penitenciaria no cede ante el derecho a que se valore, en la medida de lo posible, sus convicciones religiosas en la alimentación proporcionada por el centro (en el caso concreto, el recluso, de religión hinduista, solicitaba una dieta vegetariana⁹¹); el Juzgado, en su Auto, dejando de lado la no acreditación de la adscripción a tal religión abunda en el dato de las obligaciones de la Administración Penitenciaria, y ese deber primordial de velar por la salud e integridad de los internos.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos encontrar asimismo algún interesante supuesto, como el conocido por la sentencia de 7 de diciembre de 2010 (caso Jacobski v. Polonia) donde se estimó vulnerado el artículo 9 del Convenio en el caso de un recluso que solicitaba, siéndole denegada, una dieta vegetariana acorde con su religión budista. El proceso de recursos y solicitudes hasta la definitiva sentencia recoge supuestos de huelga de hambre del recluso unido a puntuales e intermitentes satisfacciones en sus requerimientos.

⁹¹ El recluso limitada su dieta exclusivamente a pan y queso.

Podemos citar igualmente, vinculado a esta cuestión, un caso acontecido recientemente en el Reino Unido (julio de 2011) donde se planteó el tema de los ayunos religiosos. En el caso concreto un recluso que estaba en período de ayuno voluntario por dichos motivos (no se trataba del período de Ramadán, aunque se practicaba con el asesoramiento de un imán), se negó a beber líquidos para poder proporcionar una prueba de orina de carácter obligatorio para detección de drogas que, por caso del propio ayuno, le había sido imposible facilitar. La *High Court of Justice* entendió aquí que se había producido una vulneración de su libertad religiosa no habiéndose probado la necesidad de tener que ser realizada en ese específico momento cuando en apenas unas horas hubiera terminado dicho ayuno. Aunque no se trata de un tema de libertad religiosa, el supuesto nos recuerda en alguna medida el supuesto conocido por la STC 196/2006, de 3 de julio (caso “Cacheo y prueba pericial”) que estimó el amparo interpuesto por un interno sancionado por negarse a la práctica de una prueba de orina (voluntaria) tras un cacheo con desnudo integral (necesario para evitar que accediera al control con un recipiente que pudiera alterar la prueba); dicha medida traía como causa una prueba solicitada por el interno en actuaciones judiciales para probar que había superado su consumo de sustancias tóxicas y el Juez de Vigilancia Penitenciaria había acordado que se le practicaran sin previo aviso⁹².

Cabe recordar por último, al hilo de todo lo expuesto, que en las Reglas Penitenciarias Europeas (la última versión data de 2006) se contempla el hecho de que los detenidos deben tener un régimen que sea acorde, entre otros diversos puntos, a su religión⁹³.

Contacto con funcionarios. La aprobación de la denominada comúnmente Ley de Igualdad (de forma más específica Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) dio lugar a un amplio número de reformas entre las que se contó la de la Ley 36/1977, de 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Esta reforma supuso, como es sabido, la extinción de las escalas masculina y femenina en dicho cuerpo, integrándose la totalidad de sus funcionarios en el Cuerpo de Ayudantes, sin más. Se trató de una previsión polémica que no obstante pasó casi de puntillas frente a otras previsiones que incluso fueron objeto de diferentes recursos.

⁹² Señaló el Tribunal que, tratándose de una “intervención corporal leve”, su realización voluntaria no implica lesión del derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad corporal. Ahora bien, pertenece a la libertad del interno “revocar en cualquier momento ese consentimiento, como así hizo, aduciendo que, dadas las características del lugar donde se iba a proceder a proporcionar la muestra de orina (en este caso, una habitación con cristales diáfanos), podía ser visto por terceras personas”.

⁹³ Régimen Alimenticio. Regla 22.1.

La introducción de la igualdad, loable de forma general⁹⁴, se enfrentaba aquí a algunos elementos que se apuntaron desde el mismo momento de su aprobación desde ciertos sectores del ámbito penitenciario: cuestiones de seguridad de las propias funcionarias así como la posibilidad de determinados abusos por parte de funcionarios, cuestiones ambas que llevaron a la presentación de una Proposición de Ley para volver a la separación del cuerpo en dos ramas⁹⁵. No está de más apuntar al hilo de esta idea que la Audiencia Nacional, en una sentencia dictada poco tiempo antes de la Ley de Igualdad, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por una funcionaria de prisiones por presunta discriminación en la convocatoria de un concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes apuntado que la existencia de las dos escalas, masculina y femenina, “guardan una relación muy directa con la vigilancia de interiores, donde hay que realizar una serie de actividades como registros, cacheos en las personas y pertenencias de los internos, control de actividades...etc., que justifican sobradamente que las personas encargadas de realizar estas tareas pertenezcan a una u otra escala, no tanto por las funciones que desarrollan, que son las mismas, sino por el colectivo de internos a los que tales funciones o actividades van dirigidas, considerando la Sala que ello es motivo objetivo y razonable suficiente como para entender que no existe discriminación alguna”⁹⁶. De forma más cercana no podemos dejar de lado tampoco algunas recomendaciones del Defensor del Pueblo en la materia⁹⁷.

⁹⁴ Personalmente tenemos muchas reservas respecto de algunas de las previsiones operadas fuera de este campo, concretamente en el sistema electoral, con la inclusión de listas paritarias; en todo caso, como es bien sabido se trata de un tema sobre el que el Tribunal Constitucional ya se pronunció en su STC 12/2008, de 29 de enero.

⁹⁵ Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, con el objeto de mantener las escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. (*BOCG*, nº 214, 14 de mayo de 2011). Entre los argumentos esgrimidos en la exposición de motivos se apuntaron los siguientes: “El nivel de conflictividad de los módulos de internos es muy superior al de las mujeres presas en España; la diferencia física, las posibles agresiones de todo tipo dentro de un colectivo en el que un 75 por ciento son personas con diferentes trastornos que van desde los psicóticos a los de inadaptación, falta de control, drogodependencia, violencia, etc., ponen en riesgo la seguridad física de las funcionarias, al margen de otro tipo de posibles agresiones que se producen en las prisiones. Por otro lado, la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres ha permitido que los funcionarios hombres tengan una mayor presencia en las cárceles de mujeres. Esto puede dar lugar a conductas como las sucedidas recientemente en la cárcel de Alcalá Meco, donde se han denunciado abusos y relaciones sexuales entre presas y funcionarios, y donde ha tenido que dimitir la cúpula directiva de la prisión por los hechos sucedidos”.

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2006.

⁹⁷ Vid. Recomendación 73/2009, de 24 de junio, sobre extinción de las escalas masculina y femenina del cuerpo de ayudantes. (*BOCG. Sección Cortes Generales. IX Legislatura. Serie A*, núm. 329)

Esta cuestión, que no estrictamente la que nos ocupa en estas notas, sí que tiene vinculación inmediata y directa con una de ellas, ya que puede tratar de vincularse a cuestiones religiosas de algunos reclusos.

Así, en algunos centros penitenciarios se han producido puntuales quejas por parte de reclusos de religión islámica que no querían tener contacto con mujeres funcionarias. Aquí, evidentemente, la respuesta es clara en la imposibilidad de atender demandas de este tipo.

Ahora bien, aunque aquí ya no estamos en el ámbito de la libertad religiosa, si que debe hacerse una precisión en lo relativo a la intimidad de los reclusos. Recordemos que el Real Decreto 1836/2008, de 8 de noviembre, por el que se establecieron criterios para la aplicación de la integración de las escalas ya señaló, junto a previsiones relativas a la seguridad⁹⁸, que la aplicación efectiva de esa integración podía en algunos supuestos y circunstancias, colisionar con la protección del derecho a la dignidad e intimidad de las personas internadas. Así, la práctica de cacheos con desnudo integral quedó reservada para funcionarios del mismo sexo que los reclusos: “La Administración asegurará la realización efectiva, por personal funcionario del mismo sexo que las personas objeto de actuación, de aquellos cometidos, funciones y tareas en que pudieran afectarse los derechos a la dignidad o intimidad personal de estas”.

Pero más allá de este específico punto, cualquier otra reclamación debe ser tajantemente rechazada.

Locales y espacios. El Real Decreto de desarrollo de los Acuerdos de cooperación de 1992 (RD 710/2006, de 9 de junio –Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Judías y la Comisión Islámica de España–) estableció que para la prestación de la asistencia religiosa (culto, prestación de servicios rituales, instrucción y asesoramiento moral y religiosa, así como, en su caso, honras fúnebres) podrán habilitarse locales en función de las solicitudes que se presentaren, siendo posible destinar a estos fines los espacios de usos múltiples. De cara a la celebración del culto se estableció que sería en los días festivos correspondientes a los diversos Acuerdos donde se procedería a la celebración del culto; ahora bien, se señala igualmente, que una causa justificada podría permitir la celebración en días diferentes. Por su parte, como vimos con anterioridad, y con relación a la asistencia religiosa católica, los acuerdos de 1993 establecieron que se dispondrá de una capilla y “si ello no fuera posible, deberán contar con

⁹⁸ “La Administración General del Estado incluirá en la relación de puestos de trabajo de los centros penitenciarios y centros de inserción social un número de puestos del área de vigilancia como reserva mínima para su desempeño por personal funcionario de un sexo determinado; en todo caso, los puestos objeto de reserva no podrán superar el 40% del total de vigilancia con respecto a un grupo de población penitenciaria concreta, y asumirán, entre otras, las funciones derivadas de la realización de actividades que pudieran afectar los derechos a la dignidad o intimidad personal de los internos”.

un local apto para la celebración de los actos de culto, cuyas dimensiones estarán en función de la estructura y de las necesidades religiosas del Centro, y con un despacho destinado al resto de las actividades propias de la asistencia religiosa". En el caso de Cataluña la Instrucción 1/2005 hace referencia únicamente a un espacio multiconfesional⁹⁹ en cada centro que resulte adecuado a las necesidades de las diferentes confesiones.

Sobre el concreto "espacio" destinado al culto y sus requisitos podemos citar el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pontevedra, de 20 de septiembre de 2005, en donde se desestima la queja de un interno que entiende que la prohibición de rezar en el patio del módulo vulnera su libertad religiosa; allí se señalará que "quienes establecen los lugares de culto son las autoridades religiosas y no las particulares. Un patio de una prisión no es un lugar de culto y autorizar actos de culto donde hay internos que no profesan esa religión, sería obligarlos a participar en un acto de culto ajeno"; de igual forma "se podrán habilitar espacios para la práctica religiosa, pero el culto debe ser dirigido por persona que reúna los requisitos legales, ya que el buen orden y seguridad del establecimiento podría verse afectado si grupos de internos realizaran actos comunes no sometidos al control de una persona capacitada que se responsabilice".

Reseñar también que en otros ordenamientos encontramos incluso pronunciamientos de las Cortes Constitucionales (podemos citar por ejemplo la reciente Sentencia T 23/10, de 26 de enero de 2010, de la Corte Constitucional de Colombia¹⁰⁰) por la vulneración del ejercicio de la libertad de cultos por el trato desigualitario en espacios entre diferentes confesiones.

Símbolos y prendas de vestir. Parece oportuno plantearse también, en el seno de estas reflexiones generales, cuestiones más específicas como las prendas de vestir. Comencemos recordando que la Ley penitenciaria establece que el interno "tiene derecho a vestir sus propias prendas", añadiendo inmediata-

⁹⁹ Crítica con esta previsión se muestra Francisca Pérez Madrid, apuntando que la existencia de este espacio multiconfesional puede ser, en la práctica una dificultad grave para el ejercicio de la libertad religiosa, poniendo como ejemplo el centro de Can Brians, "La asistencia religiosa penitenciaria en Cataluña: la instrucción 1/2005, del dret a rebre atenció religiosa en el medi penitenciari", p. 233.

¹⁰⁰ En el caso analizado se abordaban las limitaciones a que los internos de religión evangélica se veían sometidos en un concreto centro penitenciario. La Corte, en su fallo, amparó al recurrente en su derecho a ejercer su libertad de cultos en condiciones de igualdad, ordenando al Director del centro a iniciar la reforma (con un plazo máximo de un mes) del Reglamento interno del centro en orden a garantizar a los internos el tiempo adecuado para el ejercicio de su culto y el acceso igualitario de ministros de diferentes iglesias y cultos reconocidos, dentro eso sí "de las restricciones lógicas de seguridad y las limitaciones logísticas del penal". A ello se añadía la prevención dirigida al Director del Centro para que realizara "todos los esfuerzos necesarios, a efectos de que los internos cuenten con los espacios físicos aptos indicados para realizar sus respectivas ceremonias religiosas, tomando en consideración el número de creyentes, pero sin incurrir en prácticas discriminatorias".

mente a continuación que “siempre que sean adecuadas u optar por las que le facilite el establecimiento, que deberán ser correctas (...) desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno. Extramuros de los centros penitenciarios, como apuntamos al inicio, bien en espacios públicos abiertos bien en espacios públicos cerrados, se debate la posibilidad o imposibilidad de vestir determinadas prendas. Lo hemos visto con el *Hiyab*, el *Niqab* o el *Burka*. Lo hemos visto en centros escolares, bien de forma general, bien en concretas actividades (deportivas, por ejemplo) con resoluciones en muy diferentes sentidos, mas también lo hemos visto en previsiones específicas de determinados ayuntamientos e incluso en procesos judiciales.

Ahora bien en el caso de los centros penitenciarios la situación es ciertamente diferente. Estamos en una relación de sujeción especial en donde el elemento de la seguridad tiene un valor determinante. Así pues, si no debe haber problema en permitir que una mujer vista el *Hiyab* o el pañuelo por que por sus creencias religiosas así lo deseé, evidentemente no resulta posible vestir prendas que no permitan identificar a la concreta persona, *Niqab* o *Burka*, por ejemplo. No es preciso entrar a valorar otros elementos que habitualmente se introducen en la coctelera de estos debates a la hora de valorar estas cuestiones como son las de “orden público inmaterial”¹⁰¹. El elemento de la seguridad resulta suficiente como para proceder a esa prohibición. No conocemos que este debate se haya suscitado en ningún centro penitenciario de nuestro país pero si en algún momento pudiera darse, existen poderosas razones en ese sentido.

Desde otra perspectiva, no está de más apuntar que en algunos países este tema se ha planteado desde el otro lado del espejo; así, desde el de las funcionarias de los centros penitenciarios. Tanto desde la perspectiva de la propia libertad de estas (recordemos cómo en Marruecos se sucedieron discusiones sobre la posibilidad o imposibilidad –finalmente se optó por la vía restrictiva a diferencia de otros países como Canadá en donde se ha aceptado– de que las funcionarias lleven o no el velo y las críticas a la prohibición por parte del Partido Justicia y Desarrollo, actualmente en el poder¹⁰²) como por reclamaciones de los reclusos en orden a imponer esa vestimenta a las funcionarias (se han planteado algunas reclamaciones en ese sentido en las prisiones británicas).

Sin entrar a valorar en detalle este último punto, carente de total sentido, y derivando nuestras reflexiones al primero de ellos, nuevamente el elemento de

¹⁰¹ Entre los diversos motivos esgrimidos bajo esa rúbrica pueden señalarse “la generación de un conflicto entre Islam y democracia, el atentado contra los fundamentos del orden democrático-liberal, entre los que están la dignidad de la mujer y la igualdad de género, la neutralidad religiosa del Estado, o la necesidad de evitar la formación de sociedades paralelas a las que conduciría el multiculturalismo”, Benito Aláez Corral, “Reflexiones jurídico constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, cit.

¹⁰² El Partido Justicia y desarrollo fue el más votado en las elecciones de noviembre de 2011 al parlamento marroquí (obtuvo 107 de 395 escaños), siendo a continuación su líder –Abdelilah Benkirane– nombrado Primer Ministro de Marruecos.

la identificación o no de la interna creemos que debe ser el único parámetro de referencia.

Reseñar también, por último, la denuncia desde el Observatorio de la Laicidad por el mantenimiento de un crucifijo de grandes dimensiones en el centro penitenciario de Bilbao.

Protección de datos e intimidad. Hemos ido apuntando en diferentes momentos que la propia situación de reclusión exige de la Administración penitenciaria una actuación que facilite el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos. Pero eso a su vez tiene como contrapartida la solicitud del recluso, esto es una cierta exteriorización de las creencias. El Reglamento penitenciario de hecho lo recoge como un dato especialmente protegido. Así, para su recogida, se señala que cuando “los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los relativos a su ideología, religión o creencias”. Señalándose a continuación que “los datos de carácter personal de los reclusos relativos a convicciones religiosas o filosóficas (...) que hayan sido recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o los programas de tratamiento penitenciarios, sólo podrán ser cedidos o difundidos a otras personas con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley” y que “cuando se soliciten de la Administración Penitenciaria este tipo de datos especialmente protegidos por medio de representante del recluso, deberá exigirse, en todo caso, poder especial y bastante otorgado por el mismo en el que conste expresamente su consentimiento para que su representante pueda tener acceso a dichos datos personales del recluso”.

Al hilo de esta idea, cabe apuntar que en el caso conocido por los Autos de la Audiencia Provincial de Navarra, de 5 de febrero y 2 de marzo de 2004 (Autos 6, 24 y 25/2004), se abordaron los recursos planteados por diferentes reclusos contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Navarra que desestimaron los interpuestos contra una Circular del centro penitenciario de Pamplona que establecía las reglas para la utilización de la Mezquita; entre dichas reglas se establecían horarios, ubicación y normas de asistencia. Veamos las reglas allí contenidas: “Utilización de la Mezquita. Departamento: Adultos. Lugar: Planta segunda, galería central lado derecho, aula de usos múltiples. Horario: Mañanas de 10 a 12, tardes de 17 a 19, todos los días. Normas de asistencia: Los internos interesados en acceder a dicha actividad religiosa deberán obtener la autorización de la Dirección del centro por medio de instancia, que conservarán en su poder; en ningún caso podrán acudir a dicha actividad hasta obtener la preceptiva autorización escrita, *asimismo se mantendrá un listado actualizado, que figurará en lugar visible en el aula señalada*”¹⁰³. En dichos recursos se solicitaba libre acceso a la mezquita sin

¹⁰³ La cursiva es nuestra.

obligación de declarar sobre las creencias, preferencia en el espacio habilitado frente a cualquier otra actividad y la no la no publicación de dicho listado. La Audiencia, entendiendo que la circular no obliga a declararse musulmán sino únicamente a presentar la instancia oportuna para acceder a la Mezquita, estimará parcialmente los recursos, en lo relativo a la publicación permanente de un listado actualizado en el aula, considerando suficiente que los funcionarios tengan acceso al mismo.

Comunicación con Ministros. Vimos anteriormente que la Ley penitenciaria específica en sus previsiones la posible comunicación del interno con sacerdotes o ministros de su religión cuya presencia haya sido reclamada previamente; comunicación que, recordemos puede ser intervenida. Sobre este concreto sujeto, apuntaron los criterios de actuación aprobados por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en sus periódicas reuniones que: “La comunicación con Ministros del propio culto a que se refiere el artículo 49.5 del Reglamento Penitenciario ha de entenderse referida a Ministros de confesiones religiosas inscritas en el Registro Especial del Ministerio de Justicia o de aquellas otras que sean, por tradición cultural o extensión territorial, comúnmente reconocidas”. Este criterio, aprobado por unanimidad, presentó la siguiente motivación: “Se tiende a evitar el fraude de presentar como Ministro del Culto a cualquier líder de una organización o secta, incluso exótica o satánica. Sin embargo, no puede reducirse la lista de confesiones a la muy limitada de las que figuran inscritas en el Registro Especial del Ministerio de Justicia, que deja fuera a religiones como el budismo, el brahmanismo o el sintoísmo, y a muchas Iglesias cristianas distintas de la Católica”.

En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos citar a título de ejemplo la STEDH de 29 de abril de 2004, caso Poltoratskiy v. Ucrania, donde al recurrente, interno condenado a pena de muerte (luego commutada por cadena perpetua), se le reconoce por el Tribunal la vulneración del art. 9 del Convenio al no habersele satisfecho la solicitud de comunicación con un ministro de su religión.

A modo de conclusión. La particularidad de espacios como los centros penitenciarios exige una respuesta por parte del poder público completamente diversa a la de otros espacios.

Las situaciones que pueden darse en los mismos son amplísimas como hemos podido ir viendo a lo largo de estas notas, y es de prever que, según avancen los años, los supuestos de conflictos vayan multiplicándose conforme nuestra sociedad se articule de una forma menos homogénea en determinados aspectos; la experiencia de otros países con una mayor mezcla de culturas y religiones nos lo muestra (el caso de Estados Unidos es ciertamente paradigmático a estos efectos y su jurisprudencia rica en los casos más variopintos; religiones, ritos...).

El carácter cerrado de estos centros limita por un lado la práctica de la libertad religiosa de los internos y asimismo puede magnificar determinados conflictos por la propia convivencia en entornos en demasiadas ocasiones

opacos y hostiles. La inteligencia de gestionar adecuadamente los mismos no solo habilita la necesaria libertad de los reclusos, asimismo impide la generación de conflictos y, desde otra perspectiva, puede cumplir en buena medida los objetivos de reeducación y reinserción social de la pena privativa de libertad. Como apunta Víctor Vázquez, el interno no tiene que reintegrarse en su religión, sino vivir su vida religiosa, y para ello el Estado debe remover los obstáculos que le impidan acceder a esa asistencia¹⁰⁴. Ello para lograr ese espacio de inclusión al que venimos haciendo referencia.

Mas no podemos dejar de lado en este apunte los oportunos elementos de seguridad y orden del centro tanto por la propia celebración o convivencia *intra muros* como por la posible articulación de redes terroristas. Como señala Mercedes Gallizo, no debe perderse de vista por ejemplo que el fundamentalismo y radicalismo religioso está en la base de nuevas formas de delincuencia terrorista y que en nuestros centros penitenciarios se han detectado labores de captación¹⁰⁵. Lo acontecido por ejemplo en el centro penitenciario de Topas, bajo la apariencia de enseñanza religiosa, puede ser un buen ejemplo de todo ello. Desde este centro (más también desde otro buen número de ellos por los traslados penitenciarios de algunos reclusos), donde se atendieron lógicamente las solicitudes de locales para el desarrollo de actividades religiosas, se terminó adiestrando a un buen número de reclusos en ideologías salafistas yihadista y takfis buscando la instauración de la Ley islámica a través de la Yihad o Guerra Santa¹⁰⁶. Ello debe llegar a extremar los controles y regular con más garantías la prestación de esta asistencia religiosa para que se produzca en el marco del respeto a los derechos fundamentales¹⁰⁷.

Pero en todo caso siempre sobre la base, destacada expresamente en la propia normativa penitenciaria, de que el interno es sujeto de derecho que no se halla en modo alguno “excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma”; hecho que lleva a que la vida en prisión tenga que tomar como referencia la vida en libertad, reduciéndose a lo mínimo posible los efectos nocivos del internamiento. Eso sí, repitamos, sin perder de vista, razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento.

¹⁰⁴ “Libertad religiosa y centros penitenciarios”, conferencia pronunciada en la UNED en el seminario *Derechos fundamentales y centros penitenciarios*, diciembre de 2006.

¹⁰⁵ Mercedes Gallizo Llamas, “Asistencia religiosa en centros penitenciarios”, *Jornadas jurídicas sobre la libertad religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 558.

¹⁰⁶ Véase, sobre este punto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2008 (Sala de lo Penal) que condenó a veinte reclusos por integración en grupo terrorista.

¹⁰⁷ Mercedes Gallizo Llamas, *Ibidem*.

Sobre los Consejos Judiciales autonómicos

Manuel José Terol Becerra

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide

Recibido: 01.05.2012

Aceptado: 31.05.2012

Resumen: El presente trabajo versa sobre el Consejo General del Poder Judicial y su desconcentración a través de los consejos de justicia autonómicos. Para ello en primer lugar se hace mención a la composición, funciones y potestades del Consejo General del Poder Judicial, su relación con el Tribunal Supremo, a los consejos de justicia autonómicos y luego se hace una reflexión en relación a las implicaciones de la desconcentración del Consejo del Poder Judicial.

Palabras claves: Consejo General del Poder Judicial, Administración de Justicia, Consejos de Justicia Autonómicos, Constitución, Tribunal Supremo.

Abstract: *This work deals with the General Council of the Judiciary and its decentralization through regional councils of justice. To do this, first its mention the composition, functions and powers of the General Council of the Judiciary, also its mention the relationship between the General Council of the Judicial Power with the Supreme Court, to the the regional councils of justice and then there is an analysis about the implications of the decentralization of the General Council.*

Key words: *General Council of the Judiciary, Regional council of the judiciary, Constitution, Supreme Court.*

Sumario: Introducción.—I. Algunas consideraciones sobre el Consejo General del Poder Judicial. 1. De su composición. 2. De sus funciones. 2.1. Funciones internas. 2.2. Funciones relacionadas con el gobierno del poder judicial. 2.2.1. Potestades referidas al poder judicial y a la jurisdicción. 2.2.2. La gestión del Estatuto Judicial. 2.3. Funciones ad extra del poder judicial. 2.3.1. Informes sobre Proyectos de ley. 2.3.2. Dictámenes sobre cuestiones de política judicial. 3. Gobierno del Poder Judicial y sistema político. 3.1. El control del Consejo General del Poder Judicial. 3.2. La posición constitucional del Consejo General del Poder Judicial. Responsabilidad política y gobierno del poder judicial. 3.3. Control jurídico. El Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Supremo. 4. El gobierno del poder judicial en Derecho comparado.—II. Alcance de las reformas estatutarias en la Administración de justicia.—III. Los consejos de justicia autonómicos. 1. El Consejo Judicial Vasco. 2. Del Consejo de Justicia de Cataluña al Observatorio Catalán de la Justicia. 2.1. El Consejo de Justicia de Cataluña. 2.2. El Observatorio Catalán de la Justicia. 3. Los consejos de justicia en los Estatutos de Autonomía reformados durante la VIII Legislatura de las Cortes Generales. 3.1. Los

consejos de justicia aragonés, balear, castellano-leonés y valenciano. 3.2. Los consejos de justicia catalán y andaluz. 3.3. El juicio de la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Consejo de Justicia de Cataluña. 3.3.1. La inconstitucional calificación del órgano. 3.3.2. De sus funciones conciliables con la constitución. 3.3.3. Composición del Consejo de Justicia de Cataluña. 3.4. Valoración doctrinal del pronunciamiento constitucional. 3.5. Reclamación parlamentaria al Gobierno en torno a los consejos de justicia de ámbito autonómico. 3.6. Breve reflexión crítica en torno a la desconcentración del Consejo General del Poder Judicial.

INTRODUCCIÓN

Las reformas estatutarias efectuadas durante la VIII Legislatura de las Cortes Generales han traído consigo novedades de muy diverso tipo. Entre ellas las que atañen a la Administración de justicia, que recibe en los Estatutos de Autonomía concernidos tratamientos inéditos hasta la fecha. Antes, los que con mayor detalle se ocupaban del asunto habilitaban a la Comunidad Autónoma a ejercer todas las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconociese al Gobierno de la Nación; le encendían la tarea de fijar las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales allí radicados y la de localizar sus capitalidades; le prestaban atención al Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma –al menos para decir que ante él se agotaban las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución–; le autorizaban para determinar el alcance competencial de los órganos jurisdiccionales situados en su territorio, el modo de nombrar al Presidente, los magistrados, jueces y secretarios del Tribunal Superior de Justicia, y participar en la convocatoria de concursos y oposiciones, para cubrir plazas vacantes de personal judicial o no en la Comunidad Autónoma; para nombrar a notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, y fijar las demarcaciones de tales Registros.

Después de la reforma puede decirse que se han generalizado las referidas facultades a las Comunidades Autónomas interesadas y que todas ellas, sin excepción, han conocido un aumento significativo de sus competencias relacionadas con la Administración de justicia. Entre las cuales ocupan un lugar destacado las asignadas a sus consejos judiciales por los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz, pues el aragonés, el balear, el castellano-leonés y el valenciano, se muestran silentes sobre las funciones a desarrollar por los consejos de justicia que, como los dos citados en primer lugar, contemplan.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1. De su composición

Suele ser un lugar común en la literatura dedicada a la Constitución de 1978 encomiar sus beneficiosos efectos para la sociedad española. Claro es

que ese juicio laudatorio no siempre es desinteresado del todo ni, a medida que cumple años, expresa sólo la perplejidad o asombro por tan insólita prolongación de su vigencia en un país históricamente refractario a la estabilidad constitucionalidad. A veces precede a reflexiones que sugieren o proponen la conveniencia, cuando no la necesidad, de introducir cambios en sus enunciados. Pero, cualquiera que sea su intencionalidad, es fácilmente comprobable el empleo reiterado de la alabanza por la doctrina e incluso por el legislador.

Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, sostiene en su Exposición de Motivos que “el sistema constitucional español se asienta ya sobre una práctica política de más de cinco lustros de experiencia” y, a renglón seguido, añade que “sus instituciones se han revelado como eficaces instrumentos de regulación de la convivencia, y entre ellas el Tribunal Constitucional” español. Interesaba traer a colación tales manifestaciones que prologaban el relato de las causas conducentes a la adopción de la Ley: “La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal (...). En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas (...) que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional”.

Ninguna cita es ingenua y esta tampoco. En ella se inspira la reflexión de si cabe sostener otro tanto del Consejo General del Poder Judicial. ¿Precisa éste para cumplir la tarea que le encomienda la Constitución de reformas puestas o de mayor calado, tal vez, de las que acometía la recién citada Ley en relación con el Tribunal Constitucional?

La pregunta no es impertinente con respecto a una institución viva desde hace treinta años y, por consiguiente, sujeta a las demandas mudables de los tiempos. Al fin y al cabo su enunciado apenas pretende ser una invitación a reflexionar sobre su perfectibilidad. Quizá arrastre defectos, en el peor de los casos estructurales o, en el mejor, coyunturales sólo. Acaso no arrastre ninguno. Pero, es obvio que si alguno hay únicamente puede corregirse analizando el quehacer desplegado por el Consejo General del Poder Judicial y sus circunstancias, desde la perspectiva que impone, claro está, el tratamiento constitucional de la institución y sin dejar de preguntarse, además, por las demandas de la realidad presente a su respecto.

Sabido es que, siguiendo los ejemplos de las constituciones vigentes francesa e italiana, la española de 1978 quiso detraer al Gobierno de la Nación ciertas funciones que había desempeñado hasta entonces y asignárselas al Consejo General del Poder Judicial. No en balde, es calificado como el “órgano de gobierno del mismo” por la primera disposición constitucional destinada a regularlo, el artículo 122.2, que, recuérdese, luego de concederle tal

consideración, le encomienda a la Ley Orgánica del Poder Judicial la misión de establecer su estatuto, el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, “en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”, ha de de entenderse que de jueces y magistrados, naturalmente.

La finalidad de dicho artículo ha sido reiteradamente destacada por la doctrina, reforzar la independencia de tales servidores públicos. Fortalecer, sí, la que adquieren gracias a la inamovilidad y el sometimiento exclusivo de los mismos a la ley, que la Constitución de 1978 consagra. Como tantas otras en donde, por carecer de un órgano parecido al Consejo, las funciones que a éste le atribuye la española son gubernamentalmente desempeñadas, sin sombra de duda respecto a la plenitud de la independencia judicial, por estimársela sólidamente asentada sobre la base de aquellos principios. Se trae a colación tan conocido asunto porque con él se relacionan las dos principales críticas, estrechamente vinculadas entre sí, que ha recibido el Consejo durante todos estos años. Pues se le ha reprochado que en la elección de sus miembros prima consideraciones de tipo político y corporativo, y señalado que ambas características impregnarán a sus actos.

Quizá sea así, en lo atinente a la politización, pero no se olvide que de no existir el Consejo dispondría el Gobierno sobre la Administración de justicia, comunicándole entonces, forzosamente, a sus decisiones una dimensión de esa índole, lo cual resulta descabellado suponer que ignora el mundo del Derecho. Considerese además que la naturaleza administrativa de las funciones a desempeñar por el órgano, habrán de conferirle necesariamente cierto carácter político a sus acuerdos.

Además, no se exagera manifestando que han alimentado esa primera crítica ciertas actitudes corporativas judiciales, precisamente. No es dudoso que la censura se remonta al momento en que se sustituyó el sistema inicialmente previsto por la ley para designar a los doce vocales judiciales integrantes del Consejo por mandato del artículo 122.3 de la Constitución, la segunda y última disposición que le dedica ésta a regular la institución. En cuya virtud, recuérdese:

“El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.

Adviértase como, acerca de los vocales judiciales, dicho enunciado constitucional se limita a señalar que serán nombrados “entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales”. Interesa subrayarlo y recordar a su respecto que la primera concretización de la disposición transcrita –efectuada mediante

la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial–, establecía que el nombramiento de tales vocales se produciría luego de su elección por todos los jueces y magistrados en activo¹. Por cierto que a despecho del rechazo mostrado por el constituyente a que esos vocales fueran elegidos por la judicatura. No en balde, el artículo 112.3 del Anteproyecto constitucional respondía al siguiente dictado:

“El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey, doce de ellos a propuesta y en representación de las distintas categorías de las carreras judiciales y ocho a propuesta del Congreso de los Diputados entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión”.

Enunciado con el que se manifestó López Rodó disconforme porque “admitir que el Consejo que va decidir o a influir, según parece, en el nombramiento y ascensos, pueda estar integrado por Jueces y Magistrados a propuesta y en representación de las distintas categorías judiciales; se presta a introducir en estas distintas carreras el antagonismo y la desunión, a la vez que el partidismo político”². Casi es ocioso decir que la observación no cayó en saco roto. La disposición finalmente aprobada por las Cortes, como artículo 122.3 de la Constitución, no hace referencia a que los vocales judiciales del Consejo hayan de nombrarse “en representación” de todas las categorías judiciales.

Que con ello no logró disiparse el riesgo de politizar el Consejo ni tampoco el de convertirlo en un órgano corporativo, lo evidencia la referida previsión de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial. A cuyo propósito conviene recordar que se adoptó con el doble propósito de permitir tanto la inmediata puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional, como la pausada reflexión en torno a otros posibles contenidos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo cual convertía en provisional a esa primera concretización del artículo 122.3 de la Constitución, la Ley Orgánica del Consejo General del Poder judicial, entre tanto se adoptaba la auténtica norma convocada por dicha disposición a regular el órgano, esto es, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La aprobación de esta última norma introdujo una importante novedad en cuanto al modo de designar a los vocales judiciales. Pues disponía que los mismos fueran propuestos como los restantes miembros del Consejo, es decir, por el Congreso y el Senado³. A partir de entonces se generalizaría como crí-

¹ Según su artículo 12, en efecto, “Los vocales del Consejo General del Poder Judicial serán elegidos por todos los Jueces y Magistrados que se encuentren en servicio activo”.

² Cfr. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, Madrid, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, vol. I, p. 570.

³ En efecto, según el artículo 112 de la Ley Orgánica /1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: 1. Los Vocales del Consejo General del Poder Judicial serán propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado. 2. Cada Cámara elegirá, por mayoría de tres

tica hasta convertirse en tópico el argumento que usaron durante la tramitación de la Ley los parlamentarios disconformes con la fórmula adoptada en ella para elegir a los vocales judiciales, esto es, que la designación de todos los consejeros por las Cortes provocaría una politización del órgano, puesto que obligaba a suscribir acuerdos políticos entre los grupos representados en las Cámaras, por más que los avalasen mayorías de tres quintos de sus respectivos miembros⁴.

Junto, no frente, a ese argumento de los disconformes con la designación de los vocales judiciales por las Cortes se situó, no se olvide, el de los disidentes con la elección por sus pares porque la fórmula, como ha quedado dicho, pudiera introducir el partidismo en la judicatura. Dígase si tales posturas así enfrentadas no advierten sobre los mismos riesgos de politizar el acto de la elección y, por ende, el propio Consejo General del Poder Judicial. En cualquier caso, parecía inevitable la politización de los candidatos a consejeros judiciales y de quienes se convirtieran en tales, dada su postulación para incorporarse a un órgano pertrechado además, como se adelantaba, de funciones administrativas.

Sin embargo, debe insistirse en que con la creación del Consejo General del Poder Judicial persigue la Constitución de 1978 sustraer de la acción gubernamental a la judicatura en beneficio de su independencia, pues median serias dudas respecto a la idoneidad del medio inicialmente instrumentado para conseguirlo en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la experiencia de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero del Consejo General del Poder Judicial. Desbordaría con mucho el objetivo perseguido en estas páginas considerar la hipótesis de si en un régimen presidencial o en uno semipresidencial con el uso de la técnica consistente en reclutar a los miembros de un órgano como el Consejo por el Parlamento ganaría en independencia la judicatura⁵. Pero tratándose de un régimen parlamentario, como

quintos de sus miembros, cuatro Vocales entre Abogados y otros Juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión, procediendo para ello según lo previsto en su respectivo Reglamento. 3. Además, cada una de las Cámaras pondrá, igualmente por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros seis Vocales elegidos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo. 4. En ningún caso podrán ser elegidos: a) Quienes hubieran sido miembros del Consejo saliente. b) Quienes presten servicios en los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial.

⁴ Así lo sostuvo Trías de Bes en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados. Cfr. Ley Orgánica del Poder Judicial. Trabajos Parlamentarios, Madrid, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, 1986, pp. 911 y 912.

⁵ Harto interesantes son las reflexiones de Georges Vedel sobre la composición del primer Consejo Superior de la Magistratura francés y su influencia para la independencia de la Justicia. En síntesis, sostenía el citado autor que dicha institución sustraería al Ministro de Justicia y al Gobierno la mayor parte de la influencia ejercitable por éstos en materia judicial, pero su creación no tenía la virtud de asegurar, por sí misma, la independencia de la justicia, en la que habría de jugar un papel trascendental tanto la

el español, no es dudoso que la designación por las Cortes de los llamados a integrar el Consejo General del Poder Judicial puede situar al órgano en la órbita del ejecutivo si, de cualquier forma, este decide influir en los electos. Casi en esos términos lo manifestó, durante la tramitación de la citada Ley, algún Diputado contrario a la fórmula contemplada en ella para proponer a los vocales de la institución, pues invocaba esa eventualidad como un hecho seguro. Aun así, acaso no deba juzgarse irrelevante la indicada medida legislativa. Tal vez era de esperar, en su virtud, menos intensa una posible influencia gubernamental en el Consejo mediada por el Parlamento.

El caso es que, quizá debido a eso y desde luego que a las críticas cosechadas por el Consejo resultante de aplicar la fórmula contemplada para designar a sus miembros en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, su artículo 112 recibió una nueva redacción en la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La cual, aparentemente al menos, le resta capacidad de influencia al Gobierno sobre aquel órgano. Pues, según dicha disposición, los doce vocales judiciales son propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado de entre los presentados al respecto por las asociaciones profesionales de jueces y magistrados o por un número de éstos que representen, al menos, el 2 por ciento de todos los que se encuentren en servicio activo, con arreglo a las pautas que contempla el artículo 112.3 en sus apartados a, b, y c. Las cuales, no en balde, propician que se formen ternas de jueces y magistrados aspirantes a ocupar los doce puestos correspondientes⁶.

composición del Consejo como el medio empleado para reclutar a sus miembros. Pues, como decía, “si se hace del Consejo un órgano reclutado entre los magistrados mismos y elegidos por ellos, se corre el riesgo de restablecer esos ‘cuerpos judiciales’, Estado dentro del Estado, que fueron una de las calamidades del Antiguo régimen”. Y si se los designa por las Asambleas políticas, “se sustraen a los magistrados de la influencia del Gobierno para ponerlos bajo la del Parlamento, lo que no es preferible para su independencia. Cfr. *Droit constitutionnel*. Paris, Ed. Sirey, 1949, p. 559.

⁶ Según la redacción vigente de dicho artículo 112: “Los 12 miembros que conforme a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución han de integrar el Consejo entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales serán propuestos para su nombramiento por el Rey de acuerdo con el siguiente procedimiento: 1. Podrán ser propuestos los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo y no sean miembros del Consejo saliente o presten servicios en los órganos técnicos del mismo. 2. La propuesta será formulada al Rey por el Congreso de los Diputados y el Senado, correspondiendo a cada Cámara proponer seis Vocales, por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, entre los presentados a las Cámaras por los Jueces y Magistrados conforme a lo previsto en el número siguiente. 3. Los candidatos serán presentados, hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 % de todos los que se encuentren en servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación y del número

Tal vez esta fórmula se revele eficaz para modular la politización del Consejo, pero sería pedirle demasiado que lograse erradicarla. Para eso es preciso que quienes puedan influir en él renuncien a esta práctica. Con ello se mostrarían resueltos a cumplir con la Constitución. De la cual, después de vincular a los integrantes del órgano con él por un período superior al de una legislatura, difícilmente puede decirse que quiera subordinar la actuación del Consejo a los dictados de las Cortes y mucho menos del Gobierno, al que ni siquiera convoca a participar en dicha elección.

Sea como fuere la nueva redacción asignada al artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial parece hacer acallado las críticas sobre la politización del Consejo. Gracias al realce que la disposición le confiere a la dimensión corporativa del órgano, cabe añadir. Pues, adviértase el protagonismo que el artículo le adjudica a las asociaciones profesionales de jueces y magistrados y a éstos mismos, individualmente considerados, en la designación de los doce vocales judiciales. Considérese que a unos y otros corresponde presentar a las Cortes los candidatos a elegir por las Cámaras. Dígase si la medida no admite calificarse de corporativa.

Difícilmente podría obviarse este asunto cuando sobre el inevitable corporativismo del Consejo –no en balde llamado a integrarse en sus tres quintas partes con miembros de la judicatura, por expreso mandato constitucional–, versa el segundo tipo de crítica que, según se decía, ha cosechado la institución. Antes bien, interesa subrayarlo, pues si durante todos estos años se ha debatido acerca de su politización y de su corporativismo,

máximo de candidatos que pueden presentarse con las firmas de Jueces y Magistrados se ajustará a criterios estrictos de proporcionalidad, de acuerdo con las siguientes reglas: A) Los 36 candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último el número máximo de candidatos que pueden ser presentados mediante firmas de otros Jueces y Magistrados no asociados; todo ello, de acuerdo con los datos obrantes en el Registro constituido en el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo previsto en el artículo 401 de la presente Ley Orgánica y sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato. B) En el caso de que el número de Jueces y Magistrados presentados con el aval de firmas suficientes supere el máximo al que se refiere la letra a), sólo tendrán la consideración de candidatos los que, hasta dicho número máximo, vengan avalados por el mayor número de firmas. En el supuesto contrario de que el número de candidatos avalados mediante firmas no baste para cubrir el número total de 36, los restantes se proveerán por las asociaciones, en proporción al número de afiliados; a tal efecto y para evitar dilaciones, las asociaciones incluirán en su propuesta inicial, de forma diferenciada, una lista complementaria de candidatos. C) Cada asociación determinará, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos, el sistema de elección de los candidatos que le corresponda presentar. 4. Entre los 36 candidatos presentados, conforme a lo dispuesto en el número anterior, se elegirán en primer lugar 6 Vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y una vez elegidos estos 6 Vocales, el Senado elegirá los otros 6 entre los 30 candidatos restantes. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo siguiente.

el efecto acumulado de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, parece haberle aportado el equilibrio que precisaba para desempeñar su función con lo que eso significa en cuanto a enseñanza a la hora de vertebrar los consejos judiciales autonómicos.

2. De sus funciones

Las competencias atribuidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial al Consejo admiten clasificarse en dos grandes grupos: el de las que se ocupan de sus necesidades como órgano al servicio de la independencia judicial; y el de las que atienden a su condición de órgano de gobierno del Poder Judicial. Ambas son importantes, pero no se negará que difícilmente se hubiese creado el Consejo de no habérselo concebido instrumental subordinado a los requerimientos, institucionalmente atendibles, de la independencia judicial y que atendiendo a esa razón, a tan trascendental misión como la encomendada, se le ha convertido, además, en el órgano de gobierno de la judicatura. Interesa subrayarlo porque las dos cualidades señaladas del Consejo le son expresamente asignadas por la Constitución, quedando obligado, por tanto, el legislador a no prescindir de ninguna cuando decida pronunciarse sobre la institución, bien que, según se entiende aquí, del modo señalado, esto es sin perder de vista que el consejo es el órgano de gobierno de los jueces en tanto que contribuye a conseguir su independencia. Con la única excepción quizás del caso en que se trata de conferirle funciones organizativas internas.

2.1. Funciones internas

En el orden interno la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Consejo, en primer término, la facultad de nombrar a su Secretario General y a los miembros de los Gabinetes o Servicios dependientes del mismo; en segundo lugar, la de elaborar el presupuesto de la institución –llamado a integrarse en los Generales del Estado–, así como la de dirigir su ejecución y controlar su cumplimiento; por último, la de dictar reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento, en el marco de la legislación sobre función pública. Ningún comentario crítico se le dedicará a tales atribuciones del Consejo, ni siquiera a la modificación de su estructura interna, operada en virtud de la mencionada en último lugar, por el Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de organización y funcionamiento del mismo. Pues no se olvide que a las comisiones internas del órgano previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, la Comisión Permanente, la de Disciplinaria, la de Calificación y la de Igualdad, ha añadido dicho Reglamento la de Estudios e Informes y la Presupuestaria.

2.2. Funciones relacionadas con el gobierno del poder judicial

Las demás atribuciones que le encomienda al Consejo la Ley Orgánica del Poder Judicial son de dos tipos: las que reiteran los dictados de la constitución en este punto y las que son el producto de una decisión libre del legislador. Nada se dirá de las atinentes a los nombramientos, del Presidente del Tribunal Supremo y de los Magistrados del Tribunal Constitucional; a los nombramientos de Jueces y Magistrados, al ascenso de los mismos, su régimen disciplinario y la inspección de los juzgados y Tribunales. En cuanto a las segundas serán analizadas desde la perspectiva del indicado binomio, indisoluble para el legislador, órgano para la independencia de la judicatura-órgano de gobierno de la misma y en el orden que pide el plan te trabajo de este encuentro.

2.2.1. POTESTADES REFERIDAS AL PODER JUDICIAL Y A LA JURISDICCIÓN

En ninguno de los restantes ámbitos a que se extienden –con respecto al poder judicial y a la jurisdicción–, encuentran justificación en el referido binomio las facultades normativas asignadas por la Ley Orgánica de Poder Judicial al Consejo, cuyo ejercicio cuando no afecta a la política judicial –con merma para la potestad atribuida por la Constitución al Gobierno en torno a la dirección de la política interior y exterior–, introduce elementos favorecedores del corporativismo.

Tanto más cuanto los llamados, por el art 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reglamentos de desarrollo del Consejo tienen mayor entidad de la que parece atribuirles dicha disposición cuando los define como “regulaciones de carácter secundario y auxiliar”, y especifica, además, que sólo “podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar este en su conjunto”. En efecto, a eso se refiere Luis Aguiar –ha de entenderse que con base en la práctica desplegada por el Consejo–, cuando habla de “la amplísima potestad reglamentaria que la reforma de la LOPJ de 1994 atribuyó al Consejo, que le permite al CGPJ normar con carácter general los más variados aspectos del estatuto jurídico de los miembros de la carrera judicial, de las actuaciones judiciales, de la distribución de asuntos y turnos de los juzgados, y, en general, de todo lo atinente al funcionamiento del Poder Judicial”, así como la intervención vía informe no vinculante en la modificación de las demarcaciones judiciales, o la determinación de la planta judicial”⁷.

Como se anunciaba, claramente favorecen el corporativismo además, casi todas las materias sustrato de la función reglamentaria del Consejo.

⁷ Cfr. “El gobierno del poder judicial en la España actual; funciones y disfunciones”. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. Núm. 5, 2009. p. 74.

Pues dígase ¿Por qué las situaciones administrativas de Jueces y Magistrados, su régimen de licencias y permisos o el contenido del Escalafón Judicial, por ejemplo, pueden obtener una regulación distinta de la que rige para todos los funcionarios públicos? Que tales Reglamentos del consejo favorecen decisiones corporativas lo ilustra el complemento a la indicada enumeración de materias de art. 110.2 de la Ley Orgánica enunciado en el art. 110.3 de la misma: “Los proyectos de Reglamentos de desarrollo se someterán a informe de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados y de las corporaciones profesionales o asociaciones de otra naturaleza que tengan reconocida legalmente representación de intereses a los que puedan afectar (...)".

2.2.2. LA GESTIÓN DEL ESTATUTO JUDICIAL

Consecuentemente con lo anunciado de no comentar las facultades atribuidas al Consejo por la Ley Orgánica ya conferidas al mismo por la constitución, procede ocuparse ahora de la competencia del órgano en torno a la selección de Jueces y Magistrados. Tarea esta que le asigna el art. 107.4 de la Ley Orgánica, todo parece indicar que atendiendo a su condición de órgano de gobierno de los mismos. Aunque no se advierte en qué puede beneficiar a la independencia de la función jurisdiccional una decisión sobre quién debe acceder a la judicatura, cuando, por contra, puede contribuir a fomentar el corporativismo de la misma, riesgo que acrecienta la atribución al Consejo por el art. 108.1.b de la Ley Orgánica de la competencia para informar sobre fijación de y modificación de la plantilla orgánica de Jueces Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia.

Además, a este último propósito interesa recordar, porque alguna responsabilidad le tocará al Consejo, en vista de su recién referida potestad, que una crítica frecuente a la justicia española es la de su ineficacia. A cuyo respecto se juzga conveniente traer a colación la siguiente tabla, relativa al número de jueces y de personal no judicial por cada 100.000 habitantes, referida a 2008⁸. Sus dos primeras columnas reproducen datos proporcionados por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia y la última una simple proporción extraída a partir de los mismos. A su respecto conviene aclarar, como hace la citada Comisión, que Inglaterra cuenta con pocos jueces profesionales porque la resolución de más del 90% de sus contenciosos concierne a las Magistrates' Courts, compuestas por jueces no profesionales.

⁸ Cfr. <https://wcd.coe.int>. De ahí proceden las tablas que aquí se ofrecen.

	JUECES	PERSONAL NO JUDICIAL	PERSONAL NO JUDICIAL POR CADA JUEZ
INGLATERRA	3,5	30,4	8,68
DINAMARCA	6,9	36,5	5,2
FRANCIA	9,1	29,5	3,19
ITALIA	10,2	42,6	4,17
ESPAÑA	10,7	101	9,43
NORUEGA	11,3	16,7	1,47
SUECIA	11,3	37,2	3,29
HOLANDA	13,3	31,3	2,35
SUIZA	14,1	59,7	4,23
BÉLGICA	15,2	55,2	3,63
FINLANDIA	17,4	47,4	2,72
PORTUGAL	18,00	63,9	3,55
AUSTRIA	19,9	55,6	2,79
ALEMANIA (2006)	24,5	70	2,85
POLONIA	25,9	84	3,24

Tampoco hace referencia la Constitución a la competencia que asigna a Ley Orgánica al Consejo en materia de formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados. La cual en nada beneficia ni perjudica a la independencia del juez en el ejercicio de su función. Ahora bien, como resulta imprescindible transmitir a los futuros Jueces el concreto significado de esta última, en cada caso y es forzoso también actualizar, permanentemente, los conocimientos de quienes ya pertenecen a la carrera judicial, no se juzga criticable que el diseño o, cuando menos la supervisión en torno a los estudios correspondientes se le encomiende a un órgano que, como el Consejo, está mayoritariamente compuesto por Jueces a los que se les debe resumir experiencia en el desempeño de su función. De ahí que tampoco se estimen objetables las competencias que la Ley Orgánica atribuye a la institución, relacionada con la Escuela Judicial. Todo ello habrá de contribuir favorablemente a la eficacia de la función jurisdiccional.

También habilita al Consejo la Ley Orgánica para decidir sobre la provisión de destinos y las situaciones administrativas de Jueces y Magistrados, a despecho del silencio que al respecto guarda la Constitución. Aunque eso beneficia, de un lado, a su independencia quizás en peligro de corresponderle decidir sobre el particular a otra instancia, si, como cabe presumir que sucede, pertenece a la órbita del Poder Ejecutivo; y, de otro, consigue una ges-

tión del Estatuto Judicial única, lo que estima de la mayor importancia para su coherencia.

2.3. Funciones ad extra del poder judicial

2.3.1. INFORMES SOBRE PROYECTOS DE LEY

Ninguna crítica merecen las atribuciones que ostenta el Consejo General del Poder Judicial en virtud de lo dispuesto en el art. 108 de la Ley Orgánica, en orden a informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y las Comunidades autónomas que afecten, total o parcialmente a las materias allí enumeradas.

El primer tipo de informe proporciona al Gobierno una opinión autorizada, externa a su propio ámbito, que tanto puede hacerle rectificar sobre algún extremo del anteproyecto como ratificarlo por entero, pero que, en cualquier caso, remitirá con el Proyecto de ley a las Cortes, con el consiguiente beneficio para Diputados y Senadores en punto a formarse un criterio sobre la oportunidad o conveniencia de convertirlo en ley. Idéntico beneficio obtendrán los parlamentarios autonómicos cuando el informe del Consejo General del Poder Judicial verse sobre un anteproyecto de ley procedente de una Comunidad Autónoma., con el provecho añadido que les reportará contar con el informe adicional que, como es de esperar, emita el consejo consultivo correspondiente.

Otro tanto cabe decir que les sucederá al gobierno estatal y a los autonómicos. Considerando que el primero no sólo contará con el oportuno informe de Consejo General del Poder Judicial, pues también la Comisión Permanente del Consejo de Estado, por disponerlo expresamente el art. 22 de su Ley Orgánica, deberá ser consultada sobre los “Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes”, así como sobre “sus modificaciones”; y teniendo en cuenta, tratándose de los segundos, que a los consejos consultivos autonómicos sus leyes reguladoras suelen encomendarle, igualmente, la tarea de informar sobre los proyectos de reglamentos o de disposiciones generales de la Comunidad Autónoma.

2.3.2. DICTÁMENES SOBRE CUESTIONES DE POLÍTICA JUDICIAL

En cuanto a los informes, no dictámenes, que la Ley Orgánica del Poder Judicial encarga realizar al Consejo, conciernen a muy variadas materias a veces ajena por completo al estatuto judicial, como son las relativas a la planta judicial o al impacto de género, mientras que en otras ocasiones, como sucede con las atinentes al horario laboral o a las retribuciones, están tan intensamente vinculadas con dicho estatuto que llegan a configurarlo; y no es dudoso que cuando versan sobre las de esta última clase, ofrecen una magnífica oportunidad para la práctica del corporativismo, como ocurre también, según ha quedado dicho, con los Reglamentos de Consejo general del Poder Judicial previstos en la Ley Orgánica. Aunque tales informes, de carácter pre-

ceptivo, pues carecen de naturaleza vinculante, sin embargo, no pueden ocasionar las consecuencias de dichos reglamentos y tienen, por tanto, menos interés.

3. Gobierno del Poder Judicial y sistema político

3.1. El control del Consejo General del Poder Judicial

En lo que hace al consejo General del Poder Judicial español, es claro que la Constitución vigente no permite exigir a sus vocales, individualmente ni de manera colectiva tampoco, responsabilidad política por su gestión. Aunque, como es lógico en un Estado de Derecho, no pueda eximirles de responsabilidad política.

3.2. La posición constitucional del Consejo General del Poder Judicial. Responsabilidad política y gobierno del poder judicial

A estas alturas, luego de alcanzar casi treinta y tres años de vigencia la Constitución de 1978 y tras considerar el nivel alcanzado en su estudio, cabe preguntarse cuando menos si tiene algún sentido volver sobre la mejor calificación del Consejo General del Poder Judicial si como órgano constitucional o bien como órgano de relevancia constitucional. Pues ¿qué consecuencias puede tener el resultado de la elección fuera del quiera darle la doctrina?

Si un jurista, perito en constituciones, a fuer de honesto, no quiere ser más constitucionalista que la Constitución misma, habrá de reconocer que la única consecuencia inapelable, extraíble de su tratamiento constitucional, es que al Consejo General del Poder Judicial le alcanza la garantía de instituto, cuyo núcleo indiscutible para el legislador lo define, precisamente, dicho tratamiento.

En cuanto a la responsabilidad exigible al Consejo conviene insistir en que la Constitución ha descartado la posibilidad de exigírsela políticamente a sus miembros. Es más ha querido dotarlos de la estabilidad, impregnada en impermeabilidad hacia lo político, que habría de conferirles la duración de su mandato, por cinco años, superior al de una legislatura. En esto ha de estimarse que la Ley Orgánica del Poder Judicial ha interpretado certeramente la Constitución cuando afirma en su art. 119.2 que “los Vocales del Consejo General del Poder Judicial no estarán ligados por mandato imperativo alguno, y no podrán ser removidos de sus cargos sino por agotamiento de su mandato, renuncia, incapacidad, incompatibilidades o incumplimiento grave de los deberes del cargo. La aceptación de la renuncia competirá al Presidente, y la apreciación de las restantes causas del cese deberá ser acordada por el Pleno del Consejo General por mayoría de tres quintos de sus miembros”.

Tal exoneración de responsabilidad política a los vocales del Consejo únicamente se compadece con la atribución al mismo de competencias reguladas, como ha de entenderse que son las contempladas en la Ley Orgánica, por

más algunas admitan críticas. Otra cosa es que se haga merecedor a ellas, como recuerda Luis Aguiar, por el modo de ejercerlas, tendente a la politización del órgano. Pues, en efecto, no le falta razón cuando sostiene a propósito de las mismas: “Pero más allá de este amplio catálogo de competencias legalmente previstas de modo explícito, quizás lo más relevante y significativo es el carácter expansivo con el que tales competencias son ejercidas a partir de una generosa interpretación de su condición de órgano de gobierno del Poder Judicial, confiriendo a este órgano un significado político que desborda ampliamente el modelo de CGPJ contemplado por el constituyente como mecanismo de garantía de la independencia judicial”⁹.

3.3. Control jurídico. El Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Supremo

En principio, cabe sostener que de esa exigencia del Estado de Derecho, más arriba aludida y, según la cual a todo titular de una institución pública le es exigible responsabilidad jurídica, se ocupa el art. 119.1 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, en cuya virtud: “la responsabilidad civil y penal de los miembros del Consejo General del Poder Judicial se exigirá por los trámites establecidos para la de los Magistrados del Tribunal Supremo”.

El caso es que según dispone el art 107.5 de esa misma ley, le corresponde al Consejo decidir sobre “los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes y Magistrados”, y muy bien podría suceder que un Magistrado estuviese llamado a juzgar a un vocal que colaboró en su nombramiento. El problema podría resolverse, desde luego, mediante las reglas de la abstención y de la recusación del Magistrado que hubiese de pronunciarse sobre la responsabilidad de un vocal, cuando hubiera sido nombrado durante el período de mandato de este último. Pero, como quiera que la decisión de accionar, una u otra institución jurídica, corresponde a una de las dos personas implicadas, quizás deba buscarse otro mecanismo, automático, de evitar que quién ha participado en el nombramiento de un Magistrado sea juzgado por éste. En el cuál quizás pudiera intervenir el tribunal Constitucional, cuyos Magistrados, por una parte, lo son por un período superior al mandato de los vocales del Consejo, y, por otra, ni siquiera proceden, a veces, de la judicatura.

4. El gobierno del poder judicial en Derecho comparado

Sabido es que el derecho comparado ofrece varios modelos de acuerdo con los cuales cabe organizar el Gobierno del Poder Judicial. Al menos tres menciona Pablo Lucas en la clasificación que ofrece sobre el particular: el que atribuye las principales decisiones respecto al estatuto de los jueces a ins-

⁹ Cfr. *El gobierno del poder judicial en la España actual; funciones y disfunciones*. Cit. p. 74.

tancias no judiciales; el que confía las decisiones en la materia a los propios órganos judiciales; y el que encomienda el gobierno de Poder Judicial a un órgano creado ex profeso por el constituyente para desempeñar ese cometido. Los modelos externo, interno e institucional, los llama respectivamente¹⁰.

Del modelo externo, en el que las principales decisiones sobre el estatuto judicial le corresponde adoptarlas a órganos externos al Poder judicial, afirma el citado autor que es el adoptado en los Estados Unidos, siguiendo en esto la solución que, desde antiguo, ofrece el Derecho inglés. Según destaca el citado autor, en Norteamérica la selección de los jueces federales compete al Poder Ejecutivo y su nombramiento, como la de todos los funcionarios federales, al Presidente (mediando consejo y asentimiento en este punto del Senado, quien somete a los candidatos a un examen no solo de aptitud para el desempeño de la función jurisdiccional sino también de actitud, incluso pretérita, ante la vida).

Asimismo señala que por el desempeño de su cargo, vitalicio, si observa buena conducta, los jueces reciben una retribución considerable no susceptible de minorarse; que corresponde al Senado, mediando un acuerdo adoptado por mayoría de dos tercios, exigir responsabilidad criminal (impeachment) a los jueces del Tribunal Supremo en los casos de traición, cohecho u otros graves delitos, previa acusación por la Cámara de Representantes; que la eventual condena acarrearía la destitución del Magistrado y su inhabilitación para el desempeño de cargos públicos.

Todavía añade Pablo Lucas que los Estados federados muy pueden inclinarse por decidir la elección popular de los jueces; su designación parlamentaria; su designación por el Gobernador del estado de entre una lista de candidatos seleccionados por sus méritos, aunque acaso su decisión al respecto deban confirmarla luego los electores. También suelen precisar las normas de los Estados miembros el período de ejercicio por el juez de su cargo e incluso, en ocasiones, la posibilidad de destituirlos por decisión del Congreso o por votación popular¹¹.

En el modelo interno la ley regla minuciosamente todos los extremos significativos del estatuto judicial, cuya aplicación se asigna al Poder Ejecutivo, normalmente, a través del Ministerio de Justicia –quien opera en este ámbito mediante actos reglados–, salvo los extremos disciplinarios que se atribuyen a órganos judiciales, de ordinario los de mayor jerarquía¹².

Interesaba dejar constancia de tales datos, por lo que sugieren los referentes a Norteamérica en cuanto a modos de configurar un tipo de estatuto judicial alejado de todo sesgo corporativista. Aunque, sea como fuere, la Constitución española se decanta por el modelo institucional. En él, es dotado

¹⁰ Cfr. “El gobierno del poder judicial. Los modelos y el caso español”. *Revista de las Cortes Generales*. Núm. 35 (segundo cuatrimestre de 1995), pp. 167/178.

¹¹ Cfr. Ibíd. pp. 179 a 183.

¹² Cfr. Ibíd. pp. 184 y 185.

el órgano correspondiente de una composición que, en virtud del sistema elegido para nombrar a sus miembros, admite considerarse como un instrumento para que los jueces se autogobiernen. No en balde, de sus veintiún integrantes, incluido el Presidente, claro está, trece son jueces y nada impide que los ocho restantes lo sean también. Si bien es cierto que cuando no lo son, como ha sucedido hasta ahora, mitigan algo esa tendencia hacia autogobierno, tan favorecedora siempre del corporativismo.

Considérese a este respecto la fuerte oposición mostrada por la judicatura a la sustitución de la fórmula contemplada en la Ley Orgánica 1/1980 para designar a los vocales judiciales por la contemplada en la Ley Orgánica 6/1985. Pues en aquella, recuérdese, dichos miembros del Consejo eran elegidos por los jueces en activo mediante voto personal, igual y directo, con la intermediación de las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados. Mientras que en la Ley Orgánica del Poder Judicial, tales vocales eran elegidos por el Congreso y por el Senado, a propuesta de las respectivas Cámaras, por mayoría de tres quintos de sus miembros.

No se olvide tampoco que las críticas a dichos cambios surgieron de las referidas asociaciones judiciales ni que fueron reiteradas por ellas, con perseverancia, hasta que la Ley Orgánica 2/2001, de 26 de julio, las convirtió de nuevo en protagonistas de la elección de los vocales judiciales. Acaso con más intensidad de la esperada, pues, aunque en virtud de dicha Ley los vocales judiciales son designados a partir de una lista de 36 candidatos propuesta por las asociaciones judiciales, y miembros no asociados de la carrera judicial, según afirma Pablo Lucas las Cortes ignoraron en la práctica, tanto en la renovación de 2001, como en la de 2008, a los candidatos no asociados (pese a que, como sostiene dicha autor, algunos de los candidatos no afiliados consiguieron un número muy elevado de avales y a que la mitad de los jueces no pertenece a ninguna asociación). Lo cual parece haber producido entre algunos sectores de la judicatura una actitud que, en lugar de crítica con el consejo, sería más adecuado calificar de desapego hacia el mismo, por decirlo con palabras del citado autor¹³.

Sin que, por otro lado, el cambio legislativo sobre el modo de designar a los vocales judiciales le haya restado corporativismo ni politización al órgano, ni tan siquiera haya reducido el interés de la prensa por esta última característica atribuible al mismo, sino que apenas lo ha desplazado hacia la circunstancia de haber acaparado los afiliados de las asociaciones judiciales más próximas a los dos partidos políticos con mayor presencia en las Cortes, los puestos reservados por la Constitución a Jueces y Magistrados en el Consejo. En torno a eso giran las crónicas periodísticas sobre este último. Transmutado

¹³ Pablo Lucas Murillo de la Cueva: A vueltas con el Consejo General Del Poder Judicial. Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. Núm. 5, 2009, p. 76/81.

en ellas, en una especie de nueva Cámara parlamentaria bien que privada de publicidad para sus sesiones.

II. Alcance de las reformas estatutarias en la Administración de justicia

Es patente el protagonismo que en los Estatutos de Autonomía reformados adquiere la Administración de justicia, como consecuencia del considerable número de competencias al respecto que acopian éstos para sus Comunidades Autónomas, dando lugar a tratamientos tan detenidos como por eso mismo inéditos¹⁴.

En efecto, todos los Estatutos de Autonomía ahora estudiados confieren a sus titulares competencias relacionadas con la organización de los recursos humanos y la gestión de los medio materiales necesarios para el funcionamiento de la Administración de justicia. Así de lacónico se manifiesta el Estatuto de Autonomía para Andalucía en este punto¹⁵. Algo más expresivos se muestran al respecto los que encomiendan a sus Comunidades Autónomas las tareas de proveer de medios personales, materiales y económicos a la Administración de justicia¹⁶. Aunque su locuacidad no es tanta como la del Estatuto de Autonomía de Cataluña que no sólo diferencia entre las competencias autonómicas en torno a los medios personales y las atinentes a los medios materiales, sino que relaciona con detalle las de cada especie¹⁷.

¹⁴ Harto elocuente al respecto es que el Estatuto de Autonomía de Cataluña regule este asunto en 15 artículos agrupados en los 3 capítulos de su Título III (rubricados, el Tribunal Superior de Justicia y el Fiscal o la Fiscal Superior de Cataluña, el Consejo de Justicia de Cataluña, y las competencias de la Generalitat sobre la Administración de Justicia); 7 artículos reunidos en los 3 capítulos de su Título V le dedica el Estatuto de Autonomía para Andalucía (rotulados: el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el Consejo de Justicia de Andalucía y las competencias de la Junta de Andalucía en materia de administración de Justicia); 7 artículos, asimismo, aglutinados en los dos capítulos de su Título IV, el Estatuto de autonomía de Aragón (titulados: el Poder Judicial en Aragón y la Administración de Justicia); también 7 artículos, los componentes de su Título VI, el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares; 5 artículos, los integrados en un solo capítulo, el quinto de su Título II, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León; y 5 artículos, igualmente conformadores de un capítulo únicamente, el quinto de su Título III, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

¹⁵ Cfr. el artículo 80 E.A.AND.

¹⁶ Exactamente esa expresión utiliza el artículo 38.4 E.A.C. y L.; el artículo 98.3 E.A.I.B.; el artículo 40.4 E.A.C.V.; y de manera algo distinta enuncia esta tarea el artículo 67 E.A.ARG. en sus párrafos primero y segundo, en cuya virtud: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia sobre todo el personal al servicio de la Administración de Justicia que no integre el Poder Judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. La Comunidad Autónoma de Aragón ostenta competencia sobre los medios materiales de la Administración de Justicia en Aragón”.

¹⁷ Así, en cuanto a los medios personales, dispone el artículo 103 E.A.CAT.: “1. Corresponde a la Generalitat la competencia normativa sobre el personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia, dentro del respeto al estatuto jurídico de ese personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial. En dichos términos, esta competencia

Con todo no concluye aquí el tratamiento que dedican los Estatutos de Autonomía reformados a las competencias referidas, pues no son pocos los que enuncian, autónomamente, la de participar en la convocatoria de concursos y oposiciones para cubrir plazas vacantes de personal al servicio de la Administración de justicia, judicial y no judicial, conviene añadir¹⁸. Algunos atienden

de la Generalitat incluye la regulación de: a) La organización de este personal en cuerpos y escalas. b) El proceso de selección. c) La promoción interna, la formación inicial y la formación continuada. d) La provisión de destinos y ascensos. e) Las situaciones administrativas. f) El régimen de retribuciones. g) La jornada laboral y el horario de trabajo. h) La ordenación de la actividad profesional y las funciones. i) Las licencias, los permisos, las vacaciones y las incompatibilidades. j) El registro de personal. k) El régimen disciplinario. 2. En los mismos términos del apartado 1, corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva y de gestión en materia de personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia. Esta competencia incluye: a) Aprobar la oferta de ocupación pública. b) Convocar y resolver todos los procesos de selección, y la adscripción a los puestos de trabajo. c) Nombrar a los funcionarios que superen los procesos selectivos. d) Impartir la formación, previa y continuada. e) Elaborar las relaciones de puestos de trabajo. f) Convocar y resolver todos los procesos de provisión de puestos de trabajo. g) Convocar y resolver todos los procesos de promoción interna. h) Gestionar el Registro de Personal, coordinado con el estatal. i) Efectuar toda la gestión de este personal, en aplicación de su régimen estatutario y retributivo. j) Ejercer la potestad disciplinaria e imponer las sanciones que procedan, incluida la separación del servicio. k) Ejercer todas las demás funciones que sean necesarias para garantizar una gestión eficaz y eficiente de los recursos humanos al servicio de la Administración de Justicia. 3. Dentro del marco dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, por ley del Parlamento pueden crearse cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, que dependen de la función pública de la Generalitat. 4. La Generalitat dispone de competencia exclusiva sobre el personal laboral al servicio de la Administración de Justicia”. Mientras que respecto de los materiales establece su artículo 104: “Corresponden a la Generalitat los medios materiales de la Administración de Justicia en Cataluña. Esta competencia incluye en todo caso: a) La construcción y la reforma de los edificios judiciales y de la fiscalía. b) La provisión de bienes muebles y materiales para las dependencias judiciales y de la fiscalía. c) La configuración, la implantación y el mantenimiento de sistemas informáticos y de comunicación, sin perjuicio de las competencias de coordinación y homologación que corresponden al Estado para garantizar la compatibilidad del sistema.

d) La gestión y la custodia de los archivos, de las piezas de convicción y de los efectos intervenidos, en todo aquello que no tenga naturaleza jurisdiccional. e) La participación en la gestión de las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales y en sus rendimientos, teniendo en cuenta el volumen de la actividad judicial desarrollada en la Comunidad Autónoma y el coste efectivo de los servicios. f) La gestión, la liquidación y la recaudación de las tasas judiciales que establezca la Generalitat en el ámbito de sus competencias sobre Administración de Justicia”.

¹⁸ De los concursos y oposiciones de personal no judicial se ocupa el artículo 80 E.A.AND, y de los referidos al personal judicial su artículo 146.1. En relación con este asunto, cuando del personal judicial se trata, dispone los artículos 101.1 y 101.2 que “la Generalitat propone al Gobierno del Estado, al Consejo General del Poder Judicial o al Consejo de Justicia de Cataluña, según corresponda, la convocatoria de oposiciones y concursos para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces y Fiscales en Cataluña”, de un lado, y que “el Consejo de Justicia de Cataluña convoca los concursos para cubrir plazas

asimismo a su nombramiento para significar apenas que éste se efectúa en la forma prevista en la legislación estatal o, más concretamente, en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁹. Ocación que aprovecha el aragonés para invocar “el conocimiento acreditado del Derecho propio de Aragón”, como mérito preferente de magistrados, jueces y secretarios²⁰. Asunto éste del que se ocupa el balear al tratar de los puestos vacantes y la resolución de concursos y oposiciones no sólo del personal recién citado sino de todo el que presta sus servicios en la Administración de justicia²¹; y el valenciano cuando hace lo propio con el personal no judicial²². Mientras que el catalán le dedica a este particular un tratamiento autónomo²³.

En otro orden de cosas, los Estatutos de Autonomía reformados facultan a sus Comunidades Autónomas para delimitar las demarcaciones de los órganos radicados en sus territorios, localizar sus capitalidades y fijar la planta judicial autonómica²⁴. Los más definen el alcance de las atribuciones desplegables por tales órganos en la Comunidad Autónoma y contemplan el modo de resolver sus conflictos²⁵. Algunos autorizan a la Comunidad Autónoma a ordenar los servicios de justicia gratuita²⁶; a crear y organizar la oficina judicial²⁷; y a regular los or-

vacantes de Jueces y Magistrados en Cataluña en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, de otro. A cuyo respecto añade el artículo 101.3 E.A.CAT. que “las pruebas de los concursos y las oposiciones regulados por el presente artículo, cuando se celebren en Cataluña, podrán realizarse en cualquiera de las dos lenguas oficiales a elección del candidato”; de las oposiciones y concursos del personal no judicial se ocupa el artículo 103.2 E.A.CAT. En el mismo sentido se pronuncia, aunque en términos menos detallados el artículo 97 E.A.I.B.; por su parte, el artículo 35 E.A.C.V. sólo regula los concursos y oposiciones de secretarios judiciales y demás personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia.

¹⁹ Cfr. el artículo 65 E.A.ARQ.; el artículo 41.2 E.A.C. y L; el artículo 95.2 E.A.I.B.; y el artículo 34.2 E.A.C.V.

²⁰ Cfr. el artículo 65 E.A.ARQ.

²¹ Cfr. el artículo 97.2 E.A.I.B.

²² Cfr. el artículo 35.1 E.A.C.V.

²³ En efecto, según dispone el artículo 102 E.A.CAT., los magistrados, jueces y fiscales que ocupen una plaza en Cataluña deberán acreditar un conocimiento adecuado y suficiente del catalán, así como del derecho propio de Cataluña, lo cual se valorará específica y singularmente para obtener una plaza en los correspondientes concursos de traslado. Además según dicha disposición el personal al servicio de la Administración de Justicia y de la Fiscalía en Cataluña debe acreditar un conocimiento adecuado y suficiente de las dos lenguas oficiales.

²⁴ Cfr. el artículo 80 E.A.AND.; el artículo 68 E.A.ARQ.; el artículo 38.1 E.A.C. y L.; el artículo 107 E.A.CAT.; el artículo 98.2 E.A.I.B.; y el artículo 36.1.2º E.A.C.V.

²⁵ Cfr. el artículo 141 E.A.AND.; el artículo 39 E.A.C. y L.; el artículo 94 E.A.I.B.; y el artículo 37 E.A.C.V.

²⁶ Cfr. el artículo 67.4 E.A.ARQ.; el artículo 106 E.A.CAT.; el artículo 98.4 E.A.I.B.; y el artículo 36.1.5º E.A.C.V.

²⁷ Cfr. el artículo 67.3 E.A.ARQ.; el artículo 38.2 E.A.C. y L.; y el artículo 105 E.A.CAT.

ganismos e instituciones colaboradores de la Administración de justicia, incluidos los servicios de medicina forense y toxicología²⁸.

En cambio, todos se ocupan con más o menos detalle del Tribunal Superior de Justicia²⁹ que, con arreglo a lo previsto en el artículo 152.1 de la Constitución, habrá de culminar la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente. El Estatuto de Autonomía castellano-leonés para reiterar prácticamente el enunciado de la disposición constitucional citada³⁰; todos los demás para puntualizar al respecto que le corresponde resolver los recursos extraordinarios de revisión, cuando lo autorice la ley, contra las resoluciones firmes dictadas por los órganos judiciales en la Comunidad Autónoma³¹, de un lado, y, de otro, que conocerá de “los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio”³² de la Comunidad Autónoma, la “unificación de la interpretación del Derecho”³³ de la misma o el “establecimiento de la doctrina en los órdenes jurisdiccionales en los que así proceda”³⁴.

A este último respecto, los Estatutos de Autonomía andaluz, aragonés, castellano-leonés, catalán y valenciano cuando, en las respectivas regulaciones de sus Tribunales Superiores de Justicia, especifican qué tipo de relación guardan con el Tribunal Supremo y, en tal sentido, enuncian bien la cláusula genérica “sin perjuicio de las competencias del Tribunal supremo”³⁵ o bien la más concreta “sin perjuicio de la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina”³⁶.

Por otro lado, los Estatutos de Autonomía en examen dotan a sus entes respectivos, sin excepción alguna, de los distintos consejos de justicia que enseguida se verán. No todos, sin embargo, incluyen la cláusula a la que algunos denominan subrogatoria y en virtud de la cual la Comunidad Autónoma ejercerá, además de las competencias previstas en el Estatuto de Autonomía, todas las funciones y facultades atribuidas, por la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Gobierno de España sobre Administración de justicia en el territorio concernido³⁷. Mientras que sólo el de Cataluña faculta a la misma para ocuparse

²⁸ Cfr. el artículo 38.3 E.A.C. y L.; y el artículo 105 E.A.CAT.

²⁹ Ocación que aprovechan algunos para regular con más o menos detalle la figura del Fiscal ante el mismo. Cfr. el artículo 143 E.A.AND.; el artículo 66 E.A.AR.G.; y el artículo 96 E.A.CAT.

³⁰ Cfr. el artículo 93 E.A.I.B.; y el artículo 40 E.A.C. y L.

³¹ Cfr. el artículo 140.3 E.A.AND.; el artículo 63.2 E.A.AR.G.; el artículo 95.4 E.A.CAT.; el artículo 94.1.a) E.A.I.B.; y el artículo 37.2 E.A.C.V.

³² Cfr. el artículo 63.2 E.A.AR.G.; el artículo 94.1.a) E.A.I.B; y el artículo 37.2 E.A.C.V.

³³ Cfr. el artículo 140.3 E.A.AND.; y el artículo 95.3 E.A.CAT.

³⁴ Cfr. el artículo 33.2 E.A.C.V.

³⁵ Cfr. el artículo 140.2 E.A.AND.; el artículo 63.1 E.A.AR.G.; el artículo 40.2 E.A.C. y L.; el artículo 93 E.A.I.B.; y el artículo 33.2 E.A.C.V.

³⁶ Cfr. el artículo 95.2 E.A.CAT.

³⁷ Cfr. el artículo 69 E.A.AR.G.; el artículo 109 E.A.CAT.; y el artículo 36.1.º E.A.C.V.

de la justicia de paz, en los términos que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, de acuerdo con ésta, para instar el establecimiento de un sistema de justicia de proximidad³⁸.

III. LOS CONSEJOS DE JUSTICIA AUTONÓMICOS

En lo referente a este asunto interesa comenzar señalando que los Estatutos de Autonomía reformados durante la VIII Legislatura de las Cortes Generales responden al propósito de emular la Constitución. De forma que, entre otros extremos, revalidan la vigencia del régimen parlamentario, implantado en la Comunidad Autónoma concernida y reiteran el planteamiento que encierran las versiones originales de tales Estatutos de equipar al ente autonómico con un entramada institucional lo más parecido al del Estado. Es decir, más amplio de lo exigido por el principio de separación de poderes y el régimen parlamentario. Lo cual, dicho sea en otros términos, significa que a las Comunidades Autónomas ya provistas de un Defensor del Pueblo, una Cámara de Cuentas y un Consejo Consultivo se las pertrechado mediante la reforma de un Consejo Judicial, del quenada dicen los Estatutos de Autonomía aragonés, balear, castellano leonés y valenciano (excepto que una futura ley autonómica determinará su estructura, composición, nombramiento y funciones). A diferencia de lo que hacen los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz.

1. El Consejo Judicial Vasco

Acaso el Decreto 119/2002, de 16 de abril, por el que se creó el Consejo de Justicia de Cataluña, tratado en extenso más adelante, le inspirase al Presidente del Gobierno Vasco la intención de crear el órgano asesor y consultivo en materia de Administración de justicia manifestada en su discurso de 27 de septiembre de 2002. Bien es verdad que no desarrolló sino someramente esta idea. Pues apenas añadió al respecto, recuérdese, que en ese órgano participarían los agentes implicados en el funcionamiento del aparato judicial, con el objetivo de plantear propuestas destinadas a mejorar los servicios que acometiese al respecto la Comunidad Autónoma del País Vasco. Quizá por eso, porque a fuer de lacónica tan breve exposición sólo alcanzaba a esbozar lo fundamental del órgano pensado, esas pocas señas referidas al mismo contribuyan a evocar un órgano muy parecido al referido Consejo de Justicia de Cataluña.

Pero aun así, por mucho que pudiese haber influido la versión inicial del consejo de Justicia de Cataluña en dicho propósito del Lehendakari, es obvio que no se inspira en éste órgano el planteamiento formulado en la Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi sobre el Consejo Judicial Vasco. El cual únicamente se asemejaba al referido precedente catalán en

³⁸ Cfr. el artículo 108 E.A.CAT.

el nombre y en las funciones asesora y consultiva que, en materia de Administración de justicia, se le encomendaban igualmente. Aunque también en esto último coincidía el Consejo Judicial Vasco con el órgano descrito por el Presidente del Gobierno Vasco, como cabía esperar que sucediera. De este modo respondía la Propuesta a las expectativas despertadas al respecto por el discurso del Lehendakari. Con creces, cabe añadir, pues enseguida se verá que el documento desarrollaba en extenso la idea expuesta por aquél sobre el particular, hasta el punto de proponer la creación de un órgano enteramente original en ese momento. Es más, según todo apunta debe contemplarse el Consejo Judicial Vasco desde esta última óptica y, en consecuencia, estimar que su enunciado en la Propuesta de reforma respondía a la intencionalidad de precisar el compromiso asumido al respecto por el Presidente del Gobierno Vasco en su discurso.

Téngase presente que, como luego se referirá con detalle, la Generalidad atendió el requerimiento de incompetencia accordado por el Consejo de Ministros en su reunión de 10 de mayo de 2002 y procedió, mediante el Decreto 95/2003, de 1 de abril, a la primera revisión del Decreto 119/2002, de 16 de abril, para, en su virtud, despojar al Consejo de Justicia de Cataluña de las funciones asesora y consultiva que inicialmente le confiriese. Circunstancia esta última que difícilmente pudo pasar inadvertida a los redactores de la Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi, teniendo en cuenta que fue presentada en el Parlamento Vasco el 25 de octubre de 2003 y que su tramitación en él se prolongó hasta su aprobación el 30 de diciembre de 2004. Considerese además que, luego de revisar la Generalidad su Decreto 119/2002, de 16 de abril, en los términos indicados, insistió el Parlamento Vasco en encomendar a su Consejo Judicial tareas de asesoramiento y consulta. Lo cual no podía obedecer a ningún propósito emulador de la Generalidad y, en cambio, muy probablemente sí al objetivo señalado de cumplir la promesa efectuada por el Lehendakari, a la poste concretada en un órgano pertrechado de muchas más facultades que las reiteradamente indicadas de asesoramiento y consulta. A despecho de las razones que movieron a reformar el decreto catalán, conviene añadir.

En efecto, la originalidad con respecto al precedente catalán del órgano ahora considerado se percibe patente desde los primeros compases de su tratamiento, concentrado en el artículo 28 de la Propuesta de reforma, pues comenzaba su párrafo primero por encomendarle el gobierno del poder judicial en el ámbito de la Comunidad de Euskadi. La intención, sin duda ninguna, era convertirlo en la versión autonómica vasca del Consejo General del Poder Judicial y, muy probablemente, por eso puntualizaba, acto seguido, esa misma disposición que el Consejo Judicial Vasco ejercería “sus competencias y funciones en estrecha colaboración con el Consejo General del Poder Judicial (...) con el fin de preservar los principios de unidad e independencia jurisdiccional”, sin perjuicio, añadía de las atribuciones que les correspondiesen a los “presidentes de los tribunales y a las titulares y los titulares de los restantes órganos jurisdiccionales con respecto a su propio ámbito orgánico”.

El párrafo segundo del artículo 28 detallaba cuáles habrían de ser sus funciones. Las cuales admiten clasificarse en cuatro categorías distintas: de designación, pues eso le hubiera correspondido en relación con el presidente y el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi, así como con los fiscales en la Comunidad Autónoma³⁹; de inspección de juzgados y tribunales; de consulta e informe sobre las materias atinentes al Poder Judicial en la Comunidad de Euskadi; y de aplicación de lo dispuesto en las leyes del Parlamento Vasco⁴⁰ sobre “selección, provisión, carrera, formación y régimen disciplinario y de retribuciones de secretarías y secretarios, juezas y jueces, magistradas y magistrados y fiscales en Euskadi, teniendo en cuenta a dichos efectos el carácter preferente del conocimiento del Derecho vasco y del euskera”.

Mucho menos locuaz se mostraba el párrafo tercero en relación con su objeto, la composición del Consejo Judicial Vasco, pues la disposición se limitaba a señalar que sería su presidente el del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi y que lo integrarían un conjunto de miembros por determinar, junto con su estatuto jurídico, mediante una ley de Parlamento Vasco, en razón de su competencia profesional y con arreglo al criterio de garantizar que, en parte, recayese la elección entre jueces y magistrados en la Comunidad de Euskadi.

2. Del Consejo de Justicia de Cataluña al Observatorio Catalán de la Justicia

2.1. *El Consejo de Justicia de Cataluña*

Del mismo interesa señalar que se trata de un órgano sin precedentes en el ordenamiento español y al que cuesta vincular con ninguna pretensión nacionalista anterior a la fecha de su creación, ni siquiera indirectamente con la enunciada en la Declaración de Barcelona referida a la ampliación de las competencias jurídicas autonómicas, en tanto que circunscrita ésta al propósito de otorgar una función adecuada a los Tribunales Superiores de Justicia, de manera que fuesen “la última instancia en la resolución de litigios y los órganos supremos de interpretación y creación de la doctrina jurisprudencial en sus respectivos ámbitos”, recuérdese.

³⁹ Aunque estas dos últimas designaciones se ocupaba de regularlas el artículo 29.2 de la Propuesta en los siguientes términos: “La fiscal jefa o el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi será designado por el Consejo Judicial Vasco y ejercerá la jefatura directa sobre el conjunto de fiscalías y su organización en la Comunidad de Euskadi. Asimismo, le corresponderá la propuesta de nombramiento y de carrera de fiscales para su designación por el Consejo Judicial Vasco, así como las demás facultades propias del cargo”.

⁴⁰ “De acuerdo con los criterios esenciales y sustantivos fijados en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, precisaba el artículo 28.2.

Según se adelantaba, la Generalidad de Cataluña adoptó el Decreto 119/2002, de 16 de abril, en cuya virtud creó el Consejo de Justicia de Cataluña. Debido, según se hacía constar en su Preámbulo, a la complejidad de la Administración de Justicia, por concurrir en su funcionamiento instancias y operadores jurídicos muy diversos⁴¹, que le comunican, precisamente por eso, una dimensión multidisciplinar. Consecuentemente con ello se apelaba allí a la conveniencia de unir esfuerzos y de establecer líneas de actuación coordinadas con la finalidad de mejorar la Administración de justicia. De conseguir para la misma “las más altas cotas de eficiencia, agilidad y eficacia” hablaba concretamente el Preámbulo, para señalar, acto seguido, el empeño porque el órgano en cuestión se revelase un foro de debate, reflexión y participación de los sujetos implicados en la Administración de justicia. El objetivo, insistía, era “conseguir incrementar la eficiencia y la eficacia de la prestación del servicio al ciudadano y, en definitiva, la mejora de la Administración de justicia en Cataluña”.

Como tantas veces sucede en la actualidad la Exposición de Motivos del Decreto ofrecía explicaciones sobre su adopción que, en algún caso, reiteraban los contenidos de su parte dispositiva. Así sucedía con el correspondiente al inciso inicial del artículo 1.1 que, pues nada añadía a la incontestada configuración del órgano –ya conocida–, puede pasarse por alto, pues interesa concentrar la atención en otra redundancia sí refutada, enseguida se verá cómo, expresada en el inciso final de la disposición, destinada a expresar que la finalidad perseguida con su creación era la de “promover la comunicación e intercambio entre los operadores y las instituciones implicadas en esta materia y de impulsar líneas de actuación para la mejora de la Administración de Justicia en Cataluña”⁴².

De enumerar las funciones del Consejo de Justicia de Cataluña se ocupaba el artículo 2.1, concretándolas en las de análisis, estudio, evaluación y, “si procede, emitir informe sobre materias relacionadas con la

⁴¹ En concreto, decía: “la Administración de justicia es una administración compleja en la que concurren diferentes instancias con competencias compartidas en la materia, como son el Consejo General del Poder Judicial, la Administración del Estado mediante el Ministerio de Justicia y las administraciones de las comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia. Asimismo, dentro del ámbito de la Administración de justicia se dan dos vertientes: una, interna, que abarcaría colectivos de personal directamente vinculados con la justicia, como son los magistrados, jueces, fiscales y personal al servicio de la Administración de justicia, y otra vertiente, más externa, que englobaría otros operadores jurídicos o instancias relacionadas con este ámbito, cuya actividad está ligada al funcionamiento de esta Administración, entre los cuales pueden citarse a los abogados, procuradores, graduados sociales, fuerzas y cuerpos de seguridad, registradores de la propiedad, notarios, peritos, etc.”.

⁴² Por su parte el artículo 1.2 lo adscribía al Departamento de Justicia de la Generalidad para que le aportase “la infraestructura y el apoyo administrativo necesario para su funcionamiento”.

Administración de justicia en Cataluña”; las de crear comisiones y grupos de trabajo al efecto y asignarles tareas, objetivos y calendarios de actuación; la de elaborar propuestas de actuación susceptibles de contribuir a “la mejora de la Administración de justicia y a su funcionamiento”; las de “estudiar, proponer e impulsar iniciativas de actuación coordinadas de las diferentes administraciones, órganos, operadores jurídicos, corporaciones y entidades relacionadas con la Administración de justicia que tengan como objetivo una mejora del servicio”. Mientras que el artículo 2.2 incluía una precisión importante, tales funciones habían de entenderse sin perjuicio de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial, del Fiscal General del Estado y de las diversas administraciones competentes en materia de Administración de justicia. A continuación, los artículos 3 y 4 del Decreto regulaban la composición⁴³ y el modo de designar

⁴³ Según el artículo 3, el Consejo de Justicia de Cataluña estaba integrado por el presidente, los vicepresidentes, los vocales y el secretario. Tenían la condición de miembros: a) Presidente: el presidente de la Generalidad de Cataluña; b) Vicepresidentes: el consejero de Justicia y el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; c) Los siguientes vocales: A) Procedentes de órganos institucionales de Cataluña: El presidente de la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad Ciudadana del Parlamento de Cataluña; un consejero del Consejo Consultivo. B) Procedentes de la Administración de justicia: tres vocales del Consejo General del Poder Judicial; el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; los cuatro presidentes de las audiencias provinciales; los tres fiscales jefes de las tres audiencias provinciales; dos jueces o magistrados titulares o que pertenezcan a órganos gubernativos de la Administración de justicia; el director del Instituto de Medicina Legal de Cataluña. C) Procedentes de la Administración de la Generalidad de Cataluña: la consejera de Gobernación y Relaciones Institucionales; el consejero de Interior; el secretario general del Departamento de Justicia; el secretario sectorial de Ejecución Penal; la directora general de Relaciones con la Administración de Justicia; el director del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada. D) Procedentes de la Administración local: un representante de la Federación de Municipios de Cataluña y un representante de la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas. E) Procedentes de corporaciones de derecho público relacionadas con la Administración de justicia: el presidente y un miembro del Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña; el presidente del Consejo de Colegios de Procuradores de los Tribunales de Cataluña; el decano autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Catalunya; el decano-presidente del Colegio de Notarios de Cataluña; el presidente del Colegio de Graduados Sociales de Cataluña; el presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña; un decano en representación de las facultades de derecho de Cataluña. F) En representación de organizaciones y asociaciones representativas de intereses relacionados con el ámbito de la Administración de justicia: un representante por las asociaciones de jueces y magistrados; un representante por las asociaciones de fiscales; un representante de las asociaciones de jueces de paz; un representante por las asociaciones de secretarios judiciales; un representante por las asociaciones de médicos forenses; un representante por las asociaciones de peritos judiciales y forenses; un representante sindical. G) Tres expertos elegidos entre personas de competencia y prestigio reconocidos en el ámbito de la Administración de justicia.

a sus miembros⁴⁴, tan pormenorizadamente, por cierto, que no es exagerado calificar su conjunto como la parte más extensa de la norma, la cual asignaba carácter facultativo y no vinculante a los informes y propuestas del órgano en su artículo 5, el último del Capítulo primero del Decreto.

El siguiente y postrer capítulo estaba dedicado a la organización y funcionamiento del Consejo y, en tal sentido, estipulaba su artículo 6 que el órgano podía constituir comisiones y grupos de trabajo en función de las materias a tratar y, “en su caso, de los diferentes ámbitos territoriales”, como también que una vez constituidos elaborarían “informes y/o propuestas” sobre las materias que el Consejo les encargase y los elevarían al mismo. Luego, trataba en sus artículos 7 a 10 del presidente, los vicepresidentes, el secretario y la convocatoria y la adopción de acuerdos por el Consejo, a cuyo respecto puntualizaba la última disposición citada que celebraría una sesión al año como mínimo. Versaba el artículo 11 sobre la asistencia de personas ajena al Consejo a las reuniones del Pleno y las comisiones o grupos de trabajo. Facultaba el artículo 12 al órgano para elaborar sus propias normas de funcionamiento interno⁴⁵ y excluía el artículo 13 que los miembros del Consejo percibiesen retribución.

Adviértase que el órgano configurado por el Decreto catalán 199/2002, de 16 de abril, no podía interferir de ningún modo en la actuación de cualesquiera otras instituciones, pues carecía de facultades ejecutivas y ostentaba sólo las de análisis, debate, propuesta e informe, lo que le convertía en deliberante y consultivo a un tiempo. No se pase por alto, a mayor abundamiento, que su proceder había de ser respetuoso con las atribuciones del Consejo general del Poder Judicial, del Fiscal General del Estado y de cualesquiera administraciones competentes en materia de Administración de justicia. Interesa

⁴⁴ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 el consejero del Consejo Consultivo sería designado por este organismo, los tres vocales del Consejo General del Poder Judicial y los dos jueces o magistrados previstos en el apartado B) del artículo 3.2 por el Consejo General del Poder Judicial, los miembros del Consejo procedentes de la Administración local por cada una de las entidades representativas, los miembros del Consejo procedentes de las corporaciones de derecho público relacionadas con la Administración de justicia por cada una de las corporaciones representadas, el decano de una facultad de derecho por el Consejo Interuniversitario de Cataluña, los miembros del Consejo procedentes de las diferentes organizaciones y asociaciones representativas de intereses relacionados con el ámbito de la Administración de Justicia por la asociación o asociaciones respectivas, las personas de competencia y prestigio reconocidos en el ámbito de la Administración de justicia por el consejero de Justicia. Una vez realizadas las correspondientes designaciones y propuestas, el consejero de Justicia efectuaría el correspondiente nombramiento de los miembros del Consejo de Justicia de Cataluña. De los cuales, sólo los que lo eran por razón de su cargo podían delegar su asistencia en el órgano que designaran.

⁴⁵ Las cuales habían de adecuarse, claro está, a lo dispuesto en Decreto, precisaba dicho artículo, de igual modo que en lo no previsto por el mismo “y, si procede, por el Reglamento interno del Consejo”, éste se regiría de forma supletoria por la normativa reguladora de los órganos colegiados de aplicación en el ámbito de Cataluña.

destacarlo porque, aun así, el Consejo de Justicia de Cataluña fue contestado por el Gobierno de la Nación.

Por esta causa el Decreto 119/2002, de 16 de abril, fue modificado mediante el Decreto 95/2003, de 1 de abril, cuya Exposición de Motivos informa de que en la reunión del Consejo de Ministros del día 10 de mayo de 2002, a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas, el Gobierno del Estado, al amparo del artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acordó requerir de incompetencia al Gobierno de la Generalidad por el contenido de algunas disposiciones del Decreto en cuestión. Requerimiento que éste último atendió, modificando sus artículos 1.1; 2.1, apartados a), b) y d); 3.2, apartado b), en cuanto al inciso, “... y el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”, y apartado c), letra B); artículo 4.2; artículo 5; artículo 6.2; y derogando su artículo 4.7.

Como consecuencia, el Consejo de Justicia de Cataluña ya no impulsaría líneas de actuación para la mejora de la Administración de justicia en Cataluña, tampoco elaboraría propuestas de actuación que pudieran contribuir a mejorar el funcionamiento de la Administración de justicia ni emitiría ninguna clase de informe; contaría con un solo vicepresidente⁴⁶; y aunque continuaría integrándolo un representante del Ministerio de Justicia, precisaba el Decreto 95/2003, de 1 de abril, que éste sería designado en adelante por dicho Departamento⁴⁷.

Sólo un año después de adoptarse esta última norma el Decreto 119/2002, de 16 de abril, fue reformado por segunda vez. Ahora mediante el Decreto 370/2004, de 7 de septiembre, con la intención manifestada en su Exposición de Motivos de conferirle mayor agilidad y eficacia al funcionamiento del Consejo de Justicia de Cataluña. A tal efecto, el nuevo Decreto le dotó de una Comisión Permanente, sin menoscabo para las comisiones o grupos de trabajo constituidos ni mucho menos para el Pleno, pues, no en balde, recibía éste el encargo de precisar qué funciones había de desempeñar la Comisión, respecto de la cual especificaba además el Decreto su composición⁴⁸ y le exigía que se reuniese una vez cada seis meses cuando menos.

⁴⁶ El consejero de Justicia de la Generalidad, pues se eliminó la vicepresidencia inicialmente atribuida al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien pasó a recibir la consideración de vocal procedente del Poder Judicial, categoría esta nueva en la que terminaron integrándose además los tres vocales del Consejo General del Poder Judicial y los dos jueces o magistrados titulares o pertenecientes a órganos gubernativos de la Administración de justicia. De modo que adquirieron o conservaron la condición de miembros procedentes de la Administración de justicia el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, los tres fiscales jefes de las tres audiencias provinciales y el director del Instituto de Medicina Legal de Cataluña.

⁴⁷ Eso explica que además fuese derogado el artículo 4.7 del Decreto 119/2003, de 16 de abril, en cuya virtud: “una vez realizadas las correspondientes designaciones y propuestas, el consejero de Justicia efectuará el correspondiente nombramiento de los miembros del Consejo de Justicia de Cataluña”.

⁴⁸ Aunque no sólo, pues aprovechaba para modificar la Composición del Consejo. Concretamente la relativa a los representantes procedentes de la Administración de la Generalidad.

2.2. *El Observatorio Catalán de la Justicia*

Apenas dos años después de la reforma recién descrita conoció el Decreto 119/2002, de 16 de abril, una más, la tercera, efectuada mediante el Decreto 377//2006, de 3 de octubre, vigente ya la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁴⁹ y por ese motivo precisamente. Pues componen su Título III tres capítulos, el segundo de los cuales lleva por rúbrica: “El Consejo de Justicia de Cataluña”, que contempla un órgano harto distinto en su estructura, composición y funciones, del creado por el Decreto 119/2002, de 16 de abril y modificado por los Decretos 95/2003, de 1 de abril y 370/2004, de 7 de septiembre.

De ahí que, a fin de evitar la posible confusión entre ambos órganos decidiera la Generalidad de Cataluña adoptar el Decreto 377/2006, de 3 de octubre. El cual cambió la denominación del más antiguo por la de “Observatorio Catalán de la Justicia”, sin modificar por eso su estructura ni sus funciones, aunque sí la composición del mismo para, según consta en la Exposición de Motivos, ampliar el número de sus integrantes “procedentes de corporaciones de derecho público relacionadas con la Administración de justicia, a los representantes de las organizaciones y asociaciones representativas de intereses relacionados con el ámbito de la Administración de justicia, las personas de competencia y prestigio en el ámbito de la justicia, y en el ámbito de las relaciones económicas, sociales y culturales”.

Más recientemente, el Decreto 119/2002, de 16 de abril, ha sido modificado de nuevo. En esta ocasión por el Decreto 197/2009, de 22 de diciembre, cuyo Preámbulo dedica una breve exposición inicial a invocar las competencias que ostenta la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de Administración de justicia, tras la reforma por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio, de su Estatuto de Autonomía⁵⁰. Prólogo que da paso a un recordatorio,

Entre los cuales no mencionaba la norma, a diferencia de sus precedentes, al consejero de Gobernación y Relaciones Institucionales e incorporaba, en cambio, a dos vocales designados entre el personal directivo del Departamento de Justicia. En relación con ello, además, recomendaba al Consejero de Justicia la designación de estos dos últimos miembros y de las tres personas de competencia y prestigio reconocidos en el ámbito de la Administración de justicia que, desde el Decreto 119/2002, de 16 de abril, integraban el Consejo.

⁴⁹ Téngase en cuenta que su publicación oficial se produjo el 20 de julio de 2006.

⁵⁰ “El Estatuto de autonomía de Cataluña dedica su título III al poder judicial en Cataluña, y concretamente, el capítulo III a las competencias de la Generalidad sobre la Administración de justicia, estableciendo, entre otras, competencias en materia de medios materiales y de medios personales, oficina judicial e instituciones y servicios de apoyo, la ordenación de los servicios de justicia gratuita y de orientación jurídica gratuita, y competencias en materia de demarcación, planta y capitalidad judiciales y sobre la justicia de paz y de proximidad. Asimismo, el artículo 109 prevé que la Generalidad ejerce, además de las competencias expresamente atribuidas por el Estatuto, todas las funciones y las facultades que la Ley orgánica del poder judicial reconoce al Gobierno del Estado en relación con la Administración de justicia en Cataluña”.

sucinto también, de la evolución experimentada por el Consejo de Justicia de Cataluña hasta convertirse en Observatorio catalán de la Justicia, con la finalidad expresada en el Decreto 377/2006, de 3 de octubre, se ha dicho ya, de evitar la posible confusión del primitivo Consejo de Justicia de Cataluña con el órgano que, con la misma denominación pero distintas funciones, contempla el artículo 97 del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁵¹.

Acto seguido vuelve la exposición de Motivos sobre la última disposición citada, con el objetivo ahora de efectuar una precisión de enorme interés interpretativo no sólo para la parte dispositiva del Decreto. Pues recuerda que en dicho artículo 97 el Consejo de Justicia de Cataluña recibe la consideración de órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial. Según el Preámbulo del Decreto, con eso se abre un proceso en el que se asistirá a la modificación, en primer lugar, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la regulación, después, de los consejos de justicia autonómicos. Luego deberá adaptarse la del Observatorio también, para adecuarlo a la nueva situación o, por decirlo con las palabras usadas en la Exposición de Motivos, “a la organización territorial del poder judicial”. Mientras tanto esto sucede, aclara la Exposición de Motivos, el articulado del decreto deberá entenderse referido exclusivamente al Consejo General del Poder Judicial.

Sentado esto, el Decreto 197/2009, de 22 de diciembre, indica en su Preámbulo a qué objeto y finalidad atiende. Adaptar las disposiciones del Decreto 119/2002, de 16 de abril, sobre la composición del Observatorio, en su apartado relativo a las personas procedentes de la Administración de justicia, de un lado, a la organización territorial del Ministerio Fiscal, aprobada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre⁵², y de otro, a la novedad que trajo consigo la reforma del Estatuto de Autonomía catalán con la regulación, en su artículo 96, del Fiscal Superior de Cataluña; modificar otra vez la representación de las organizaciones y asociaciones representativas de intereses relacionados con el ámbito de la Administración de justicia, “a fin de que estén representadas todas y cada una de ellas”; y adaptar asimismo la composición del Observatorio a la nueva estructura del departamento competente en materia de justicia⁵³.

Todo ello convierte al Decreto 197/2009, de 22 de diciembre, en la cuarta modificación del Decreto 119/2002, de 16 de abril y así se hace constar en la

⁵¹ Aunque como ha quedado dicho y aclara la Exposición de Motivos del que ahora se comenta aprovechaba el Decreto 377/2006, de 3 de octubre, para la composición del órgano.

⁵² La cual modificó la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

⁵³ Realizada mediante los decretos 12/2007, de 16 de enero, de reestructuración del Departamento de Justicia, y 197/2007, de 10 de septiembre, de estructuración de la Secretaría de Relaciones con la Administración de Justicia, que crearon y desarrollaron, respectivamente, la Secretaría de Relaciones con la Administración de Justicia.

Exposición de Motivos del ahora comentado, como también la conveniencia, por eso, de unificar en un único texto vigente el contenido de los decretos anteriores y de proceder, consiguientemente, a su derogación expresa, como hace.

Sin embargo no se reducen a lo manifestado en su Preámbulo las novedades del Decreto 197/2009, de 22 de diciembre, respecto de sus precedentes. En su parte dispositiva, el artículo 2.1.a) le confiere una dimensión inédita a la tarea ya conocida del Observatorio, consistente en analizar, evaluar y realizar estudios sobre materias relacionadas con la Administración de justicia en Cataluña, al exigir que su desarrollo atienda a “la perspectiva de género, con el fin de conocer las repercusiones sobre los derechos de las mujeres”, puntuizando que, a tal efecto, “los datos se recogerán, tratarán y presentarán disagregados por sexos”.

3. Los consejos de justicia en los Estatus de Autonomía reformados durante la VIII Legislatura de las Cortes Generales

3.1. Los consejos de justicia aragonés, balear, castellano-leonés y valenciano

En lo que hace a los consejos de justicia autonómicos interesa comenzar destacando que los Estatutos de Autonomía reformados, aun cuando son unánimes en contemplarlos, no les dedican regulaciones coincidentes. Las cuales admiten clasificarse en dos grandes grupos, las genéricas y las detalladas. De las indicadas en primer lugar son las que incluyen los Estatutos de Autonomía aragonés, balear, castellano-leonés y valenciano que, luego de crear el órgano⁵⁴ o de facultar al legislador autonómico para hacerlo⁵⁵, le encomiendan a éste además la determinación de lo atinente a su estructura, composición, nombramiento de sus vocales, y las funciones a desarrollar. Respecto de las cuales puntuilan los cuatro que habrán de estar referidas al correspondiente ámbito autonómico en materia de Administración de justicia, como es lógico, y adecuarse además a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁶. Sólo el aragonés y el balear añaden algo más. El primero que el Consejo de Justicia de Aragón participará en todos los procesos de designación que le atribuya la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁷; y el segundo que los miembros del consejo judicial correspondiente a elegir por el Parlamento balear lo serán por mayoría de dos tercios de sus miembros⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. el artículo 64 E.A.ARG.; el artículo 96 E.A.I.B.; y el artículo 33.3 E.A.C.V.

⁵⁵ Cfr. el artículo 42 E.A.C. y L.

⁵⁶ Cfr. el artículo 64 E.A.ARG.; el artículo 42 E.A.C. y L.; el artículo 96 E.A.I.B.; y el artículo 33.3 E.A.C.V.

⁵⁷ Cfr. el artículo 62.2 E.A.ARG.

⁵⁸ Cfr. el artículo 96 E.A.I.B.

Lo único destacable de tales tratamientos estatutarios es, sin duda ninguna, su indefinición sobre ese órgano que autorizan a crear o crean. Pues, como ha quedado dicho, no en balde delegan casi la completa regulación del mismo, cuando no toda, en el oportuno legislador autonómico, quien, en consecuencia, puede configurarlo inspirándose en cualquiera de los dos tipos existentes, el Observatorio Catalán de la Justicia o el Consejo de Justicia de Cataluña, no necesariamente para adoptar alguno de ellos, pues le cabe acudir como tercera vía a la solución de combinar ambos modelos⁵⁹.

3.2. Los consejos de justicia catalán y andaluz

Muy distintos de los anteriores son los tratamientos dispensados en los Estatutos de Autonomía catalán y, por influencia suya, el andaluz a los consejos de justicia que, con esa precisa denominación, ambas normas crean y definen además como órganos de gobierno de la Administración de justicia en la correspondiente Comunidad Autónoma. Sólo la primera completa su conceptualización del catalán manifestando que “actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de este último”. En cambio, uno y otro Estatuto de Autonomía incluyen sendas manifestaciones, de idéntica factura, destinadas a puntualizar que tales consideraciones sobre la naturaleza de los referidos órganos han de entenderse “de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”⁶⁰.

Las atribuciones de los Consejos de Justicia de Andalucía y de Cataluña admiten clasificarse en las varias categorías que resultan de atender al tipo de norma en donde se enuncian. No en balde, los Estatutos de Autonomía concernidos distinguen entre las contempladas en ellos, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las leyes autonómicas respectivas, aunque, según añaden

⁵⁹ De otra forma interpreta Miguel Ángel Cabellos lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía ahora considerados sobre los consejos de justicia. En vez de indefinición a su respecto, advierte regulado en aquellos un modelo específico de órgano: “un consejo asesor de la Comunidad en materia de justicia para aquellos ámbitos en que la Comunidad tenga competencia”. Es más, para el autor citado esa clase de órgano pertenecerá, pues, a la Comunidad, nada tendrá que ver con el CGPJ ni con el gobierno del Poder Judicial (y sí, cabe insistir, con aquellas cuestiones sobre las que sí se proyecta la competencia autonómica en el ámbito de la justicia, que ya sabemos que no alcanzan al gobierno del Poder Judicial) y por ello, podrá ser creado por ley autonómica”. Cfr. “Los consejos de justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro”. Revista de Derecho Político. Núm. 80, enero-abril 2011, p. 89/96. Con todo, tal planteamiento doctrinal sobre los consejos judiciales aragonés, balear, castellano-leonés y valenciano no niega que los oportunos legisladores autonómicos concluyan por equiparar tales órganos con el tipo de consejo de justicia autonómico admitido en la STC 31/2010, de 28 de junio ni tampoco que, con el concurso de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concluyan por aproximarse estrechamente, en su composición y funciones, todos los consejos judiciales periféricos de ámbito autonómico.

⁶⁰ Cfr. el artículo 144.1 E.A.AND.; y el artículo 97 E.A.CAT.

todavía al respecto, también desempeñarán las que, “si procede, les delegue el Consejo General del Poder Judicial”⁶¹. Acerca de las primeras especifican ambos Estatutos de Autonomía que se trata de las ejercitables respecto de los órganos jurisdiccionales situados en el territorio autonómico correspondiente, y que son practicables “conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”⁶². A continuación, ofrecen sendas listas de funciones susceptibles de ordenarse, cuando menos en parte, usando como criterios taxonómicos la enumeración que en este sentido incluía la Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi. Pues así como ésta pretendía dotar al Consejo Judicial Vasco de competencias –cuyo desarrollo se realizase “en estrecha colaboración con el Consejo General del Poder Judicial”–, para designar a determinadas autoridades judiciales, de consulta e informe y de aplicación de la legislación autonómica “en materia de selección, provisión, carrera, formación y régimen disciplinario y de retribuciones” de secretarios, jueces, magistrados y fiscales en Euskadi⁶³, recuérdese, los Estatutos de Autonomía andaluz y catalán, aunque nada dicen sobre la carrera, la formación ni el régimen de retribuciones de ese personal –con el consiguiente beneficio, acaso, para el principio de unidad jurisdiccional–, sí que tratan de las demás facultades mencionadas en el documento vasco.

Así, habilitan a sus consejos de justicia para participar en la designación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, de igual modo que en la de los Presidentes de Sala de dicho Tribunal Superior y de los Presidentes de las Audiencias Provinciales⁶⁴; para informar sobre los recursos de alzada interpuestos contra los acuerdos de los órganos de gobierno de los tribunales y juzgados de la Comunidad Autónoma, así como sobre las propuestas de revisión, delimitación y modificación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales y sobre las propuestas de creación de secciones y juzgados⁶⁵; para proponer y convocar oposiciones y concursos destinados a cubrir, en la Comunidad Autónoma, plazas vacantes de jueces y magistrados en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶⁶; para proponer al Consejo General del Poder Judicial y expedir los nombramientos y los ceses de jueces y magistrados, bien que sólo de los incorporados a la carrera judicial temporalmente con funciones de asistencia, apoyo o sustitución, así como para determinar la adscripción de estos jueces y magistrados a los órganos judiciales que requieran medidas de refuerzo⁶⁷; y para instruir expe-

⁶¹ Cfr. el artículo 144.3 E.A.AND.; y el artículo 98.1 E.A.CAT.

⁶² Cfr. el artículo 144.4 E.A.AND.; y el artículo 98.2 E.A.CAT.

⁶³ Cfr. El artículo 28 de la Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi.

⁶⁴ Cfr. el artículo 144.4.a) E.A.AND.; y el artículo 98.2.a) E.A.CAT.

⁶⁵ Cfr. el artículo 144.4.e) y g) E.A.AND.; y el artículo 98.2.e) y g) E.A.CAT.

⁶⁶ Cfr. el artículo 146 E.A.AND.; y el artículo 101 E.A.CAT.

⁶⁷ Cfr. el artículo 144.4.b) E.A.AND.; y el artículo 98.2.b) E.A.CAT.

dientes y, en general, ejercer las funciones disciplinarias sobre jueces y magistrados en los términos previstos por las leyes⁶⁸; para participar en la planificación de la inspección de juzgados y tribunales, ordenar, en su caso, su inspección y vigilancia y realizar propuestas en este ámbito, atender a las órdenes de inspección de los juzgados y tribunales que inste el Gobierno y dar cuenta de la resolución y de las medidas adoptadas⁶⁹.

En cambio, son completamente originales las disposiciones estatutarias que permiten a los consejos judiciales catalán y andaluz precisar y aplicar, cuando proceda, los reglamentos del Consejo General del Poder Judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma⁷⁰; presentar una memoria anual al Parlamento sobre el estado y el funcionamiento autonómico de la Administración de Justicia⁷¹; ejercer todas las funciones que le atribuyan la Ley Orgánica del Poder Judicial y las leyes del Parlamento, y las que le delegue el Consejo General del Poder Judicial⁷²; y las competencias que, si no admiten entenderse comprendidas entre las enumeradas, enuncian de modo implícito los Estatutos de Autonomía en examen cuando, consecuentemente con el tratamiento que les dedican a tales órganos autonómicos, de subordinación al Consejo General del Poder Judicial, puntualizan que sus resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos deben adoptarse de acuerdo con los criterios aprobados por éste⁷³, de un lado; y que dichos consejos judiciales, a través de sus presidentes, deben comunicar al Consejo General del Poder Judicial las resoluciones que dicte y las iniciativas que emprenda y debe facilitar la información que le sea pedida⁷⁴, de otro.

En otro orden de cosas interesa destacar que así como el Estatuto de Autonomía andaluz silencia cuanto concierne al régimen jurídico interno de su Consejo de Justicia y de los actos adoptados por el mismo, el catalán, en cambio, autoriza a que el suyo apruebe su “reglamento interno de organización y funcionamiento, de acuerdo con la normativa aplicable”⁷⁵, e incluso contempla la posible adopción por el Consejo de Justicia de Cataluña de dos tipos de actos distintos, según respondan o no al ejercicio de competencias autonómicas. De los primeros dice la norma que son impugnables “jurisdiccionalmente, en los términos establecidos en las leyes”⁷⁶; y de los segundos que son recurribles en alzada ante el Consejo general del Poder Judicial⁷⁷, coherentemente

⁶⁸ Cfr. el artículo 144.4.c) E.A.AND.; y el artículo 98.2.c) E.A.CAT.

⁶⁹ Cfr. el artículo 144.4.d) E.A.AND.; y el artículo 98.2.d) E.A.CAT.

⁷⁰ Cfr. el artículo 144.4.f) E.A.AND.; y el artículo 98.2.f) E.A.CAT.

⁷¹ Cfr. el artículo 144.4.h) E.A.AND.; y el artículo 98.2.h) E.A.CAT.

⁷² Cfr. el artículo 144.4.i) E.A.AND.; y el artículo 98.2.i) E.A.CAT.

⁷³ Cfr. el artículo 144.5 E.A.AND.; y el artículo 98.3 E.A.CAT.

⁷⁴ Cfr. el artículo 144.6 E.A.AND.; y el artículo 98.4 E.A.CAT.

⁷⁵ Cfr. el artículo 99.2 E.A.CAT.

⁷⁶ Cfr. el artículo 100.2 E.A.CAT.

⁷⁷ Cfr. el artículo 100.1 E.A.CAT.

con la condición de órgano desconcentrado de éste que le asigna al autonómico.

Esas son las únicas diferencias apreciables en las regulaciones que dispensan a los consejos judiciales andaluz y catalán sus respectivos Estatutos de Autonomía. Los cuales les dedican idéntico tratamiento a sus composiciones. De modo que, según ambas normas, están integrados por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, quien lo presidirá, y por los miembros que, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, se nombren con la participación del Parlamento Autonómico correspondiente, entre jueces, magistrados, fiscales y otros juristas de reconocido prestigio⁷⁸.

Así pues, en el caso catalán su Estatuto de Autonomía reformado optó por configurar al correspondiente consejo judicial como el órgano de gobierno del Poder Judicial en Cataluña, desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma. Ni una cosa ni otra hace el Estatuto de Autonomía andaluz, aunque le encomienda a su Consejo de Justicia idénticas funciones que el catalán al suyo, encabezadas por la de participar en la designación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma y sus Presidentes de Sala, y a las que se suman, entre otras, la de expedir nombramientos y ceses de Jueces y Magistrados temporales; las funciones disciplinarias sobre Jueces y Magistrados; la inspección de Tribunales; la información sobre recursos de alzada contra acuerdos de los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados de la Comunidad Autónoma; y los nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos del personal judicial.

Quizá los redactores de dichos Estatutos de Autonomía reformados actuasen persuadidos de poder asignar las referidas atribuciones, a ese órgano y al creado también en Andalucía, la naturaleza administrativa de las mismas, inicialmente desempeñadas por el Ministro de Justicia y, más tarde, por el Consejo General del Poder Judicial, de manera exclusiva. Lo cual, tal vez les moviese a entender que eso concluía por comunicarle a este último órgano esa misma naturaleza administrativa –conciliable con su consideración constitucional de órgano de gobierno del Poder Judicial–, susceptible de compartirla, como sus funciones, con órganos equivalentes autonómicos.

Desde luego que Consejos judiciales autonómicos, provistos de facultades como las expresadas del catalán y del andaluz hubieran mermado considerablemente el corporativismo atribuible al gobierno del Poder Judicial. Sin embargo, en este punto conviene traer a colación que el Consejo General del Poder Judicial nació en España con vocación de reforzar la independencia de los jueces, en un Estado, el Autonómico, que cuenta con una jurisdicción única. Pues visto desde esta perspectiva no le falta la razón al Tribunal Constitucional cuando en la STC 31/2010, de 28 de junio, le asigna al Consejo Ge-

⁷⁸ Cfr. el artículo 144.2 E.A.AND.; y el artículo 99 E.A.CAT.

neral del Poder Judicial la cualidad de único en su especie, consiguientemente con su ya señalada consideración constitucional.

3.3. *El juicio de la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Consejo de Justicia de Cataluña*

3.3.1. LA INCONSTITUCIONAL CALIFICACIÓN DEL ÓRGANO

La referida regulación estatutaria del Consejo de Justicia de Cataluña ha sido objeto de un detenido examen en la STC 31/2010, de 28 de junio quizá no tan desfavorable para el mismo como permitía predecir la primera conclusión alcanzada por el Tribunal a su respecto. Téngase presente que ésta se concretaba en calificar de “evidente exceso” la creación del referido órgano por el Estatuto de Autonomía, en su art. 97, considerando su conceptuación allí como “órgano del poder judicial en Cataluña”, y cuyo actos estarían llamados a convertirse en los de un “órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial”. Según el Tribunal:

“El Poder Judicial (cuya organización y funcionamiento están basados en el principio de unidad ex art. 117.5 CE) no puede tener más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico (art. 122.2 CE). En esas condiciones, es obvia la infracción de los arts. 122.2 CE y 149.1.5 CE, según es doctrina reiterada (por todas, STC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5), pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados”⁷⁹.

Además de la inconstitucionalidad advertida en el art. 97 del Estatuto de Autonomía declaró también el Tribunal, por su conexión con él, la de los artículos 98.3 y 101.1 del mismo, no recurridos. Pues, según decía, el primero contemplaba la posible adopción por el órgano autonómico de resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos de Jueces y Magistrados, y, el segundo, establecía la recurribilidad en alzada de determinados actos de Consejo de Justicia de Cataluña ante el Consejo General del Poder Judicial, como consecuencia lógica de su conceptuación como órgano desconcentrado de este último.

Para el Tribunal, sin embargo, la inconstitucionalidad que apreciaba no tenía por qué afectar, necesariamente, a la pervivencia del Consejo de Justicia

⁷⁹ Cfr. FJ 47.

de Cataluña. Según aclaraba, solo le alcanzaría de concurrir, además, la circunstancia añadida que especificaba en los siguientes términos literales: “la improcedencia constitucional de un órgano autonómico cualificado en los términos del art. 97 EAC no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano en cuestión, pues sólo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa cualificación impropias, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia únicamente tendría razón de ser para el ejercicio de unos cometidos constitucionalmente inaceptables. El art. 97 EAC es, por tanto, inconstitucional en la medida en que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como “órgano de gobierno del poder judicial” que actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial”. De ahí que procediese a efectuar un análisis de las atribuciones conferidas al primero de los órganos citados por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

3.3.2. DE SUS FUNCIONES CONCILIABLES CON LA CONSTITUCIÓN

En este sentido, no advirtió el Tribunal inconstitucionalidad alguna en la enumeración de fuentes atributivas de competencias al Consejo de Justicia de Cataluña, contemplada en el art. 98.1 del Estatuto de Autonomía: esta misma norma, la Ley Orgánica del Poder Judicial, las leyes del Parlamento catalán y las delegaciones que al respecto decida el Consejo General del Poder Judicial. Pues, a juicio del Tribunal, de un lado, en absoluto condicionaba el Estatuto de Autonomía la libertad de legislador orgánico ni del Consejo general del Poder Judicial, para asignar o delegar competencias en el Consejo de Justicia de Cataluña; y, de otro, entendía improcedente pronunciarse, con carácter preventivo, sobre eventuales o hipotéticas vulneraciones competenciales, por futuras leyes del Parlamento catalán, no adoptadas, por tanto, todavía⁸⁰.

En consecuencia, el Tribunal circunscribió su enjuiciamiento a las atribuciones del Consejo de Justicia de Cataluña enunciadas en el Estatuto de Autonomía. De las cuales declaró incursas en inconstitucionalidad las que denominaba “típicas de un órgano de gobierno del Poder Judicial”, por considerar que afectaban, añadía, a la función jurisdiccional propiamente dicha y a la ordenación de los elementos consustanciales a la determinación de la garantía de la independencia en su ejercicio”⁸¹. En cambio, no estimó inconstitucionales la asignación estatutaria al Consejo de Justicia de Cataluña, de

⁸⁰ Cfr. FJ 48.

⁸¹ En concreto mencionaba las contempladas en los siguientes apartados del art. 98.2: a) participación en la designación de presidentes de órganos judiciales, b) expedición de nombramientos y ceses de Jueces y Magistrados temporales, c) funciones disciplinarias sobre Jueces y Magistrados, d) inspección de Tribunales y e) información sobre recursos de alzada contra acuerdos de los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados de Cataluña.

funciones relacionadas con la administración de la Administración de Justicia”⁸².

3.3.3. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Por último se pronunció el Tribunal sobre la integración de Jueces, Magistrados, Fiscales o juristas de reconocido prestigio en el Consejo de Justicia de Cataluña y a atribución de su presidencia a quien ostentara la del Tribunal Superior de Justicia radicado en la Comunidad Autónoma. Extremos ambos contemplados en el art. 99.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio. A tal efecto, comenzó por reiterar su actitud contraria, por inconstitucional, a la caracterización del Consejo de Justicia de Cataluña como un órgano de gobierno de la judicatura en la Comunidad Autónoma. Acto seguido confirmó su planteamiento de reducirse a funciones de naturaleza administrativa las que la Constitución permite ejercer al órgano. A esto añadió, de un lado, que la decisión de integrar a Jueces y Magistrados en la composición del Consejo de Justicia de Cataluña suponía hacer uso de la excepción contemplada en el art. 147.4 de la Constitución, que impide, por principio, a unos y otros ejercer funciones ajenas a la potestad jurisdiccional; y, de otro, que el Estatuto de Autonomía no es la norma constitucionalmente apropiada para concretar ninguna excepción al respecto ni, por consiguiente, tampoco, para encomendarle al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la presidencia de aquel órgano administrativo.

De conformidad con todo ello el Tribunal declaró inconstitucional este último extremo de la disposición citada, pero no hizo otro tanto con su llamamiento a integrar en el órgano a Jueces, Magistrados, Fiscales y juristas de reconocido prestigio, dado en qué términos se expresaba al respecto la norma estatutaria. Pues precisaba ésta que tal integración habría de producirse en de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. De modo que, como tal remisión no merma la competencia del legislador orgánico para determinar con plena libertad “entre qué profesionales de los mencionados en el precepto pueden ser nombrados los componentes del Consejo de Justicia” y permite, en su caso, “incluir entre ellos a Jueces y Magistrados, habilitándolos, de esta forma, para el ejercicio de funciones ajenas a la potestad jurisdiccional”, decidió el Tribunal desestimar en este punto la impugnación de los recurrentes⁸³.

En resumidas cuentas, la inconstitucionalidad advertida por el Tribunal en la regulación estatutaria del Consejo de Justicia de Cataluña es de carácter

⁸² Según precisaba, se acomodan a la Constitución las atribuciones contempladas en el art. 98.2, apartados f) “precisar y aplicar, cuando proceda, en el ámbito de Cataluña, los reglamentos del (CGPJ)”, g) información sobre propuestas en materia de organización y demarcaciones, h) presentación de una memoria al Parlamento e i) reiterativo del art. 98.1 EAC.

⁸³ Cfr. FJ 49.

formal. No en balde, le niega aquél al Estatuto de Autonomía catalán la posibilidad de hacer lo que, sin embargo, autoriza a la Ley Orgánica del Poder Judicial: regular eventuales fórmulas de desconcentración del Consejo General del Poder Judicial no imprescindibles constitucionalmente.

De donde se sigue que el elenco de funciones a desempeñar por el Consejo de Justicia de Cataluña no tiene por qué quedar reducido a aquellas enunciadas en su Estatuto que el Tribunal considera conformes con la Constitución, por estimarlas conciliables con el ámbito competencial asumible por una Comunidad Autónoma en la administración de la Administración de Justicia y ejercitables por un órgano autonómico. El legislador orgánico puede ampliar esa enumeración con atribuciones de las declaradas inconstitucionales en la STC 31/2010, de 28 de junio, por tratarse de las típicas de un órgano de gobierno del Poder Judicial. Para ello basta con que su Ley Orgánica acometa la tarea de desconcentrar el Consejo General del Poder Judicial y le asigne a los órganos que fueren esa clase de cometidos.

Otra cosa es dilucidar si dicha Ley Orgánica decide finalmente encomendar esta última categoría de atribuciones a órganos como el Consejo de Justicia de Cataluña, calificado de autonómico por el Tribunal, qué consecuencias tendría dicha decisión para tales instituciones, dada la dual condición autonómica –por su origen estatutario– y estatal –fruto de dicha desconcentración– de las funciones que podría desplegar entonces.

3.4. Valoración doctrinal del pronunciamiento constitucional

La referida decisión del Tribunal sobre el Consejo de Justicia de Cataluña ha sido objeto de análisis doctrinales muy críticos, a veces, como el efectuado por Miguel Ángel Aparicio. Para quien dicho juicio constitucional discurre por derroteros más políticos que jurídicos o, por decirlo con sus propias palabras: “discurre más por los manifiestos que en su día emitió la Asociación Profesional de la Magistratura que por cualquier análisis ponderado de los preceptos estatutarios y su posible contraste con el texto y contexto constitucionales”⁸⁴.

De este modo prologaba el autor citado sus discrepancias con la conclusión alcanzada por el Tribunal en torno al art. 97 del Estatuto. De incomprensible calificaba, además, la declaración de su inconstitucionalidad por las razones ex-

⁸⁴ Con ello se refiere Miguel Ángel Aparicio a los durísimos embates que, procedentes del Consejo General del Poder Judicial y de la Asociación Profesional de la Magistratura, recibió el Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tramitación cuando se aprobó el Estatuto de Autonomía de Cataluña, tendente a la introducción generalizada de los consejos territoriales autonómicos del poder judicial con idéntica composición y funciones a los que, según el citado autor, pretendía regular el Estatuto catalán. Cfr. “Comentario a la Sentencia 31/2010, sobre el Poder Judicial”. *Revista catalana de dret públic*. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, p. 199/204.

presadas en el FJ 47 de la Sentencia, pues, según argumenta Miguel Ángel Aparicio, coinciden dicha fundamentación jurisprudencial y el enunciado de la disposición anulada. Téngase presente que, en virtud de esta última, el Consejo de Justicia de Cataluña habría actuado sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial, como órgano desconcentrado suyo y de acuerdo con lo que indicase la Ley Orgánica del Poder Judicial. De forma, añade el autor citado, que, si dicha Ley Orgánica “no regulare en su texto algún tipo de Consejo Territorial del Poder Judicial que pudiere tener existencia en Cataluña, dicho Consejo previsto en la citada disposición, carecería de vigencia normativa aunque estuviese previsto normativamente⁸⁵”.

A la vista de tales circunstancias, concluye Miguel Ángel Aparicio afirmando la posibilidad de entender fundado el vicio de inconstitucionalidad apreciado por el Tribunal no en la infracción de cualquier tipo de reserva constitucional, sino en la “osadía propedéutica” de contemplar el Estatuto la existencia de un Consejo de Justicia de Cataluña, por más que la condicionase a las determinaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según dicho autor, en definitiva, “el Tribunal Constitucional anula un precepto que pueda contradecir una adecuada técnica legislativa pero que no formula una propuesta contraria a los mecanismos de reserva constitucional”⁸⁶. Por eso, añade:

“El Tribunal Constitucional no ha cometido el error de creer que el Estatuto creaba un órgano de gobierno judicial dependiente de la Generalitat; lo que ha afirmado más sencillamente, es que el Estatuto ni siquiera podía mencionar la existencia hipotética de un órgano de gobierno judicial territorial ajustado a las pretensiones que en su momento contuviera la Ley Orgánica del Poder Judicial. El anatema procede de la simple previsión de la existencia de un órgano; no del contenido de su regulación estatutaria”⁸⁷.

El resultado, contrario a cualquier lógica, insiste Miguel Ángel Aparicio, es que el Consejo de Justicia de Cataluña es inconstitucional y nulo a causa de la disposición que crea o de las relativas a su composición, sin que eso afecte a todas sus competencias ni a la posibilidad de integrar en él alguna clase miembros.⁸⁸

En íntima relación con las recién referidas críticas se sitúan las formuladas por Miguel Ángel Cabellos en torno, también, a la decisión que incluye la STC 31/2010 sobre el Consejo de Justicia de Cataluña. En lo que importa aquí dicho autor comienza destacando del análisis jurisprudencial dedicado al Título III del Estatuto de Autonomía catalán su tenor favorable a la colaboración entre dicha norma y la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial. Gracias a ello, afirma Miguel Ángel Cabellos, la Sentencia ofrece

⁸⁵ Cfr. Ibíd.

⁸⁶ Cfr. Ibíd. pp. 204 y 205.

⁸⁷ Cfr. Ibíd. p. 205.

⁸⁸ “O sea –añade–, un órgano inexistente (¿rampante?), es además amputado en su composición y finalmente diezmado en sus atribuciones. Tal vez haya existido un exceso de influencia literaria en la redacción de estos extremos de la Sentencia. Cfr. Ibíd. p. 205.

interpretaciones conformes con la Constitución “de buena parte de los preceptos impugnados”⁸⁹. Sin perjuicio de lo cual, destaca el citado autor, la excepción a esa actitud que muestra el Tribunal en relación con el Consejo de Justicia de Cataluña, mediante la cual no en balde descarta la colaboración internormativa a su respecto⁹⁰.

Para Miguel Ángel Cabellos, además, la STC 31/2010 conceptúa erróneamente el Consejo de Justicia de Cataluña al calificarlo de órgano autonómico, pues, según sostiene, no era esa la intención del Estatuto de Autonomía⁹¹. Quizá esa concepción, añade, ayude a comprender que la decisión del Tribunal con respecto al órgano fuese declararlo inconstitucional, descartando así toda suerte de colaboración normativa en este campo entre el Estatuto y la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹².

Lo sorprendente para el autor citado es que cuando todo hacía pensar en una declaración de inconstitucionalidad de toda la regulación estatutaria sobre el Consejo de Justicia de Cataluña, el Tribunal concluyese admitiendo la pervivencia del órgano sobre la base de la conocida distinción entre funciones susceptibles de ejercerse por éste y las que, por referirse o afectar al gobierno del poder judicial le están vedadas.

Tan interesante como la opinión de Miguel Ángel Cabellos sobre los aspectos hasta aquí referidos de la Sentencia, lo es su juicio sobre la conclusión jurisprudencial alcanzada a su respecto. Pues no se concreta ésta en una declaración de inconstitucionalidad del órgano, sino en el desenlace impredecible que expresan las declaraciones de inconstitucionalidad sobre sus

⁸⁹ Cfr. “Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña”. *Revista catalana de dret públic*. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. pp. 206/207 y 208.

⁹⁰ Cfr. Ibíd. p. 209. Sobre tal excepción a la colaboración internormativa entre el Estatuto de Autonomía catalán y Ley Orgánica del Poder Judicial, expresada en la STC 31/2010 con respecto al Consejo de justicia de Cataluña, ha vuelto Miguel Ángel Cabellos en *los consejos de justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro*. Cit. p. 104.

⁹¹ En este punto afirma expresamente que, “aun luego de examinar si el Estatuto puede o no prever un órgano descentrado del CGPJ y concluir con una respuesta negativa, el Tribunal se refiere a la ‘impropiedad constitucional de un órgano autonómico cualificado en los términos del art. 97 EAC’, referencia donde verdaderamente lo único impropio es hablar de ‘órgano autonómico’, pues en ningún caso pretendía el Estatuto crear un órgano tal”. Cfr. *Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Cit. pp. 209 y 210. A este asunto le dedica Miguel Ángel Cabellos el epígrafe “la confusión sobre la naturaleza del órgano, en: *Los consejos de justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro*”. Cit. p. 106.

⁹² “Pues es claro –añade– que si el Estatuto hubiera pretendido crear un órgano de la Comunidad autónoma con facultades atinentes al gobierno del poder judicial, la conclusión hubiera tenido que ser, ciertamente, la inconstitucionalidad del mismo. Lo que ocurre es que, como se ha dicho ya, la pretensión del Estatuto era muy diferente”. Cfr. Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña. Cit. p. 210.

competencias (“una suerte de voladura controlada del órgano”, dice), mediante las cuales efectúa a la postre el Tribunal una mutación del Consejo de Justicia estatutariamente regulado. “Para dejar en pie un órgano distinto e inesperado (semejante al tipo de consejo de justicia que prevén los Estatutos aragonés, valenciano, balear o castellano-leonés), añade nuestro autor⁹³; y, a todo ello, además: Por si fuera poco se vislumbra la posibilidad de una dualidad de consejos en cada comunidad, pues el TC en el FJ 47 acepta expresamente que el Consejo, entendido como órgano desconcentrado, fenecido en su pretensión estatutaria, pueda volver de la mano de la LOPJ si ésta así lo dispone”⁹⁴.

Extremo este sobre el cual vuelve más adelante para subrayar la posibilidad que abre la Sentencia al legislador orgánico para crear órganos desconcentrados del Consejo General del Poder Judicial y hacerlo, sin por eso, generar una multiplicidad de órganos de naturaleza y composición distintas. Si así sucede y permanece el resto de la regulación estatutaria del Título III en pie, concluye, “algo habremos ganado, aunque sea a través de vías un tanto tortuosas y siempre que la Ley Orgánica del Poder Judicial sea coherente con las previsiones estatutarias que a ella se remiten, en la aproximación del poder judicial al modelo de Estado”⁹⁵.

Ante este último reto para el Estado Autonómico de cohonestar su estructura políticamente descentralizada con la regulación del Poder Judicial, se ha referido también Ángela Figueruelo para significar, en lo que aquí importa, la conveniencia de prescindir de la denominación, por equívoca, de los Consejos de Justicia Autonómicos. Pero también para subrayar la necesidad de configurar un nuevo órgano de gobierno del Poder Judicial de naturaleza únicamente administrativa, sustentado, entre otros, en el principio de desconcentración y desprovisto del rasgo de la descentralización política. Eso, según la citada autora, permitirá reordenar el gobierno periférico judicial mediante órganos estatales subordinados al Consejo General del Poder Judicial, en lo atinente también al régimen jurídico de sus actos que habrán de ser recurribles ante esta última instancia. En cuanto al encaje de tales órganos de la administración de Administración de Justicia, concluye Ángela Figueruelo, “será más fácil si se les reconoce un carácter prioritariamente consultivo”⁹⁶.

⁹³ En esta “reinvención del Consejo de Justicia de Cataluña”, por la STC 31/2010, insiste Miguel Ángel Cabellos en: *Los consejos de justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro*. Cit. pp. 110 a 112.

⁹⁴ Cfr. *Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Cit. p. 210.

⁹⁵ Cfr. Ibid. p. 211.

⁹⁶ Cfr. “La incidencia de la STC 31/2010 en la legislación del Estado: Apuntes de cara a la futura modificación de la LOPJ”. Estudios sobre la STC 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Enrique Álvarez Conde, Cecilia Rosado Villaverde y Francisco Javier Sanjuán Andrés (coordinadores). Madrid, 2011, p. 341/357 y 358.

3.5. Reclamación parlamentaria al Gobierno en torno a los consejos de justicia de ámbito autonómico

Cronológicamente los hechos se han sucedido en el orden relatado. Primero fue la Sentencia y luego las valoraciones críticas dedicadas a la misma por la doctrina, no sin consecuencias prácticas inmediatas, conviene añadir, a la vista del movimiento iniciado por el Congreso de los Diputados para solventar el problema atinente al vicio de inconstitucionalidad formal en que incurría la regulación estatutaria del Consejo de Justicia de Cataluña. Téngase presente que ese paso se ha producido a instancia de Josep Antoni Durán i Lleida, en su calidad de Portavoz del Grupo Parlamentario catalán, durante el debate de política general sobre el estado de la nación correspondiente a 2011. Quien presentó una propuesta⁹⁷ que aprobó la Cámara⁹⁸, dando lugar a la Resolución núm. 16, rotulada “Administración Única y adaptación de la Justicia a la estructura territorial del Estado”⁹⁹. Adviértase el paralelismo de la expresión con la reflexión referida de Miguel Ángel Cabellos en torno a la conveniente “aproximación del Poder Judicial al modelo de Estado”.

Consecuentemente con ello y, en virtud de dicha resolución, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a la “Adaptación del Poder Judicial a la estructura autonómica” y, más concretamente, en lo que importa aquí, a la “creación de los Consejos de Justicia de ámbito autonómico”. Lo cual, visto desde el tenor de la STC 31/2010, significa tanto como requerir a la poste del legislador orgánico la ejecución de una tarea tendente a desconcentrar el Consejo General del Poder Judicial, con el consiguiente efecto para algunos

⁹⁷ Se trata de la Propuesta de resolución núm. 39, rubricada: “Administración única y adaptación de la justicia a la estructura autonómica del Estado”. En su virtud, el Congreso de los Diputados instaría al gobierno a la “adaptación del Poder Judicial a la estructura autonómica” y más concretamente, en lo que importa aquí, a “cumplir el compromiso adquirido ante la Cámara de presentar el Proyecto de Ley de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que desarrolle legislativamente las medidas que, en el ámbito de la Justicia, prevén de manera expresa los nuevos Estatutos de Autonomía. De manera concreta, deberán desarrollarse legislativamente las previsiones para otorgar a los Tribunales Superiores de Justicia las nuevas competencias en materia de casación, creación de los Consejos de Justicia de ámbito autonómico y nueva asunción de competencias de las Comunidades Autónomas en el ámbito de los medios personales y materiales y en la definición de la Planta Judicial en sus respectivos territorios”. Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie D. 11 de julio de 2011. Núm. 604, pp. 32 y 33.

⁹⁸ En los términos de la enmienda 99, socialista, se hace constar en el Diario de Sesiones, por 193 votos a favor, 152 en contra y una abstención. Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2011. IX Legislatura. Núm. 258. Correspondiente a la Sesión Plenaria núm. 246, celebrada el jueves 30 de junio de 2011, p. 19

⁹⁹ La cual incluye un párrafo idéntico al reproducido en la nota 109, donde se daba cuenta de la propuesta de resolución núm. 39. Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie D. 11 de julio de 2011. Núm. 604, p. 73.

o todos los consejos judiciales periféricos resultantes, bien de coexistir con otros en el mismo territorio autonómico –teniendo presente que los contemplados en los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz cuentan con atribuciones sin tacha de inconstitucionalidad que pueden atribuirles los legisladores autonómicos aragonés, balear, castellano-leonés y valenciano a sus consejos judiciales–, bien, de convertirse en un solo órgano provisto de la doble naturaleza, estatal y autonómica, que necesariamente habrían de comunicarles el carácter dual de sus funciones, en razón de su procedencia, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de una parte, y aquellos Estatutos de autonomía o sus leyes de desarrollo, de otra.

3.6. Breve reflexión crítica en torno a la desconcentración del Consejo General del Poder Judicial

A este último respecto, no es dudoso que el propósito del Congreso de los Diputados, enunciado en su referido acuerdo de 30 de junio de 2011, es más ambicioso que el de solventar los problemas derivados de la inconstitucionalidad formal advertida por el Tribunal en la regulación estatutaria del Consejo de justicia de Cataluña. Circunstancia esta que, unida a la indefinición de los Estatutos de Autonomía aragonés, balear, castellano-leonés y valenciano sobre los órganos que contemplan, más o menos equivalentes al citado, favorecerá un tratamiento uniforme de todos los consejos judiciales periféricos por la futura Ley Orgánica del Poder Judicial con el concurso de los legisladores autonómicos concernidos.

En íntima relación con ello se sitúa la cuestión suscitada por Pablo Lucas antes de publicarse la STC 31/2010. Esgrimía éste, entonces, en primer lugar, el distinto tratamiento que recibían o reciben los consejos judiciales en los Estatutos de Autonomía reformados durante la VIII Legislatura de las Cortes Generales en cuanto a sus respectivos niveles de definición (refiriéndose con ello, quiere entenderse aquí, a los contemplados, respectivamente, en los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz, de un lado; y en lo el aragonés, el balear, el castellano-leonés y el valenciano, de otro). En segundo término, invocaba la pluralidad de fuentes atributivas de funciones al Consejo de Justicia de Cataluña (la Ley Orgánica del Poder Judicial, las decisiones procedentes del Consejo General del Poder Judicial delegándoles tareas, y el propio Estatuto de Autonomía catalán), así como el distinto régimen impugnatorio de sus actos. Para extraer de ambos pormenores como conclusión la dificultad que suponía gestionar el conjunto resultante de implantar este diseño, requerido, añadía, de dosis importantes de trabajo, habilidad y prudencia¹⁰⁰.

Conviene subrayarlo porque en las nuevas circunstancias el problema no ha desaparecido, continúa tan vivo como la reflexión del citado autor, en cuya virtud sostenía que dicha complicación no era “razón suficiente para no em-

¹⁰⁰ Cfr. A vueltas con el Consejo General del Poder Judicial. Cit. pp. 92 y 93.

prender aquellas iniciativas que sean imprescindibles”. Aunque, según añadía, esos cambios no lo eran. Pues, “ni la autonomía garantizada constitucionalmente a las Comunidades Autónomas, ni la preservación de la independencia de los jueces y magistrados, ni la mejor satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva exigen esta solución”¹⁰¹.

Es más, la reflexión del citado autor admite completarse afirmando que no se alcanza a comprender en qué favorece al autogobierno de las Comunidades Autónomas esta “cierta federalización” del servicio público de la justicia en el Estado Autonómico, por decirlo con palabras de López Aguilar, consustancial a la creación de los consejos judiciales autonómicos, ni tampoco en qué benefician éstos a la independencia del Poder Judicial¹⁰². Tanto más en lo que a esto último se refiere, cuanto, como se insinuaba al comienzo de estas páginas, las cuestiones polémicas que solían acompañar al Consejo General del Poder Judicial parecían haber remitido en los últimos tiempos luego de haber sometido la institución a sucesivas reformas legislativas sobradamente conocidas. Sin embargo, tal vez la esperada desconcentración del órgano reabra algunas de tales polémicas aparentemente feneidas o, en otro caso, origine una nueva (aunque en ninguno de ambos supuestos quepa aventurar nada, en principio, sobre sus posibles consecuencias para el Consejo General del Poder Judicial, salvo la de desvelar cualquier extremo perfectible del órgano, quizás).

Así, no puede decirse que en España la judicatura haya logrado sustraerse al fenómeno del corporativismo, por ejemplo, de tal modo que le sea ajena o extraña la propensión abusiva hacia la solidaridad interna y la defensa del grupo, mostrada por tantos colectivos profesionales. También el integrado por Jueces y Magistrados participa de esta característica, como asimismo su órgano de gobierno.

Tampoco cabe sostener que durante el período coincidente con la vigencia de la Constitución de 1978 la judicatura española haya sido impermeable a la politización. Al menos no se ha mostrado así la integrada en las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados, pues, cada una de ellas, tiende a conducirse en tan intensa armonía con un partido político que, a veces, resulta difícil determinar a cuál de los dos, la asociación judicial o el partido, le corresponde la definición de sus respectivas políticas, idénticas en materia de política judicial.

En otro orden de cosas, no conviene pasar por alto que la Constitución española vigente, inspirándose en el modelo del Consejo judicial, contemplado en las Constituciones francesa e italiana ha creado el Consejo General de Poder Judicial, con el mismo propósito que aquellas: establecer un meca-

¹⁰¹ Cfr. Ibíd. p. 93.

¹⁰² Cfr. “Justicia y poder judicial: radiografía de una crisis cronicada”. *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*. Núm. 5, 2009, p. 11/23.

nismo garantizador de la independencia, añadido a los ya tradicionales de la inamovilidad judicial y del sometimiento exclusivo del juez a la ley. De acuerdo con ello, tras denominarlo “el órgano de gobierno” del Poder Judicial, se ocupa de asignarle tareas, bien que no de forma exhaustiva, pues confía a la ley orgánica la definitiva determinación de sus funciones. En concreto, la Constitución le encomienda expresamente al Consejo ocuparse de lo relativo a los “nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario” de los órganos judiciales o de sus titulares.

Hasta la creación del Consejo tales cometidos los desempeñaba el Gobierno, a través de su Ministro de Justicia, con la consecuencia, por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional, de poder enturbiar la imagen de la independencia judicial. Eventualidad no contemplada por las constituciones de tantos otros Estados, en donde, no por eso es cuestionada sistemáticamente la independencia de sus jueces.

En todo caso, no debe minusvalorarse la preocupación por garantizar la independencia del juez frente a los demás poderes de Estado, en especial ante el ejecutivo, como recuerda López Guerra. Al fin y al cabo, como dice, la independencia judicial es un elemento imprescindible para el Estado de Derecho. Pero, aun así, no es impertinente preguntarse al respecto, cómo hace el autor citado, si esta suerte de garantía representa hoy un problema real. Pues no le falta la razón cuando sostiene que, posiblemente, “si hubiera que hablar de amenazas a la independencia judicial habría que buscar los mayores peligros más en el ámbito de lo privado que en el de lo público”, como sucede con el caso de los juicios paralelos a la prensa, añade más adelante¹⁰³.

Pues bien, no es dudoso que órganos provistos de facultades como las atribuidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía a los consejos judiciales catalán o andaluz, puedan mermar considerablemente la pujanza del corporativismo atribuible Al Consejo General del Poder Judicial.

En cambio, solamente puede contribuir a enfatizar la politización tantas veces imputada al Consejo General del Poder Judicial, incluso por la doctrina, la autorización, de los Estatutos de Autonomía o de las leyes que los desarrollen, a los consejos judiciales que contemplan, para participar en la designación de órganos judiciales. Cuando, precisamente, se le critica al Consejo General del Poder Judicial el que su actuación en ese ámbito esté condicionada por el tipo de “ideología” en cada momento mayoritaria entre sus miembros; y, de otro, se resalta que se abriría con ello a los partidos políticos la posibilidad de influir, gracias a tales designaciones, en la persona elegida, perfectamente conocedora de qué formación política respalda su nombramiento.

¹⁰³ Cfr. “La justicia como derecho ciudadano. Algunas cuestiones actuales”. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*. Núm. 5, 2009, pp. 27/34 y 35.

NOTAS

El constituyente profeta

Abraham Barrero Ortega

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Recibido: 17.05.2012

Aceptado: 31.05.2012

Resumen: La historiografía liberal española se ha sentido tradicionalmente incómoda con el hecho de que el primer constitucionalismo fuera tan intolerante en materia de conciencia y religión. El presente trabajo analiza las razones que llevaron al constituyente español de 1812 a proclamar la confesionalidad católica del Estado y prohibir el ejercicio de cualquier otro culto. Examina, asimismo, el influjo ejercido por el artículo 12 de la Constitución de 1812 a lo largo de la historia constitucional española.

Palabras clave: Constitución de Cádiz, confesionalidad católica, cuestión religiosa, libertad religiosa

Abstract: Spanish liberal historiography traditionally has felt uncomfortable with the fact that the first constitutionalism was so intolerant in religious matters. This paper analyzes the reasons why the Constitution of 1812 proclaimed the Catholic confessionalism and prohibited the exercise of any other cult and, on the other hand, the influence of Article 12 of the Constitution of 1812 in the Spanish constitutional history.

Key words: Constitution of Cadiz, Catholic confessionalism, religious question, religious freedom.

Sumario: I. Estado eclesiástico o Estado Iglesia.—II. Las razones de una “arriesgadísima profecía”.—III. Grado de acierto de la profecía constituyente.—IV. Pasado y futuro.

I. ESTADO ECLESIÁSTICO O ESTADO IGLESIA

Históricamente, la consolidación del Estado Constitucional ha estado ligada a la secularización, a la “mundanización” –sin sentido peyorativo alguno– de la religión y la sociedad, y más exactamente a la progresiva independencia del poder político respecto al poder eclesiástico. En tal sentido, secular equivale a laico, es decir, a no confesional. Con la secularización el Estado deja de ser confesional, se emancipa de cualquier tutela religiosa y se convierte en un Estado aconfesional. Recurriendo al ideal kantiano, podría decirse que la secularización es el cumplimiento de la “mayoría de edad” del Estado Constitucional. Éste “ya no necesita” la tutela de la religión, sino que puede decidir por sí mismo.

En verdad, 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. Al Estado Constitucional le es exigible la independencia e imparcialidad de los poderes públicos en su trato con las diferentes confesiones religiosas. Es así como debe plasmarse la neutralidad del Estado en relación a las religiones, llevando a término lo que va implícito en la aconfesionalidad del mismo. Laicidad y pluralismo van juntos y el respeto de ambos forma parte del “tipo Estado Constitucional”¹.

Si la libertad religiosa ha sido tan importante en el proceso de imposición primero y de afirmación después del Estado Constitucional “ha sido por su carácter problemático durante los siglos que van de la Reforma y Contrarreforma a las revoluciones americana y francesa”². La libertad religiosa ha sido crucial para el transcurso del Estado Constitucional por su reconocimiento/no reconocimiento durante ese período. La lucha por su reconocimiento “ha sido el motor que acabaría desembocando en el Estado Constitucional”³. Durante la primera fase de afirmación del Estado Constitucional en el continente europeo, la libertad religiosa continuó siendo un problema y un obstáculo significativo en el proceso de afirmación del Estado. En unos países más y en otros menos. En España, entre los países europeos, de los que más.

Los Reyes católicos construyeron la unidad nacional de España sobre la unidad religiosa y sobre la pureza de sangre. Las expulsiones de los judíos y de los moriscos, la guerra contra el reino de Granada y la persecución de todos los herejes, protestantes y heterodoxos se enmarcan en ese propósito de unificación nacional. El que ambas unidades se consiguieran por los mismos años no fue en modo alguno coincidencia. La unidad religiosa reforzó la unidad nacional, de forma similar a como ésta se convirtió en garantía de aquélla. La unidad religiosa suponía el elemento constitutivo de la unidad nacional. La lucha por la religión y por la Nación se identificaron. El catolicismo se presentó como un aspecto irrenunciable de la identidad colectiva, como parte de la esencia y tradición propiamente españolas, implicando todo ello el combate contra el luteranismo (España, “martillo de herejes”, “luz de Trento”, “espada de Roma”). En España, la Contrarreforma desempeñó el papel moldeador de la identidad colectiva que en otros países correspondió a la Reforma protestante. Ser español significaba ser católico⁴.

Fueron demasiados siglos persiguiendo, censurando, desterrando, excomulgando, imponiendo cánones de vida y creencias. En ese tiempo, se hizo más fácil, en España, creer que pensar, porque la religiosidad no se podía in-

¹ Peter Häberle, *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Minima Trotta, Madrid, 1998, pp. 45 y ss.

² Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 290.

³ *Ibid.*

⁴ José Álvarez Junco, *Mater dolorosa: la idea de España en el siglo XIX*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 303-496.

dividualizar, sino que debía expresarse a través de las plantillas de la religión establecida, la única y verdadera. Muy pocos se atrevieron a criticar la intolerancia, la conversión forzada y la limpieza en la sangre, el que –en palabras de Alonso Virués, humanista y obispo– “se usasen las cadenas y el hacha para cambiar la disposición del alma”.

Por aquél entonces, en asuntos de religión, no se reclamaba convicción o acuerdo, bastaba la simple adhesión. El Estado y la Iglesia católica se repartían la tarea del mutuo fortalecimiento, a veces rozando el modelo de integración, lo que Ortega llamaba el *Estado eclesiástico* o Fernando de los Ríos el *Estado Iglesia*.

Además, la unidad religiosa favorecía la estabilidad social. La Inquisición actuaba más como un instrumento de policía política destinado a evitar la introducción de ideas novedosas o rupturistas. Y al ir desapareciendo los enemigos tradicionales de la ortodoxia católica, como los moriscos, los protestantes o los cripto-judíos, el Santo Oficio fijó su atención en otros adversarios como los revolucionarios y los liberales. La Inquisición debería percibirse como un reflejo de los intereses de clases más que de los intereses de la religión. En tanto que contribuyó al inmovilismo de una sociedad determinada y puso barreras a novedades entendidas como peligrosas, fue un factor conservador del estado de cosas dominante y, por lo mismo, favorecedor de los estamentos privilegiados⁵.

Vino después el siglo XIX, el de los grandes cambios –anunciados y gestados en el pasado–, y con él la revolución burguesa, el Estado liberal y la Constitución como técnica específica de organización del poder político con una inequívoca finalidad de garantía, código político que divide los poderes del Estado y declara derechos y libertades de los ciudadanos.

Y entre esos derechos “naturales”, “imprescriptibles” e “inalienables”, la libertad de conciencia religiosa. La incardinación formal de la libertad de conciencia religiosa en un catálogo general de derechos del hombre tendrá lugar sólo después de que el constitucionalismo liberal crease a tal efecto la cobertura normativa idónea con la que actuar el fundamento argumental secularizado ideado por el racionalismo ilustrado –Milton, Spinoza, Bayle, Locke o Thomasius⁶–. La conciencia religiosa se concibe como objeto de un derecho; la libertad religiosa es exigible como derecho. Cada cual puede decidir por sí y para sí mismo su destino religioso. La libertad religiosa pasa así a integrarse en el derecho que, en virtud de su dignidad racional, corresponde al hombre a mantener y profesar las creencias que libremente asuma. El individuo ha de poder asumir aquellas doctrinas que se impongan como verdaderas

⁵ Henry Kamen, *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 140-153.

⁶ Abraham Barrero Ortega, “Origen y actuación de la libertad religiosa”, *Derechos y libertades*, 9, 2000, pp. 206 y ss.

desde el convencimiento racional de la conciencia. Como Bartolomé Clavero ha escrito en referencia al proceso constituyente americano, la religión “no es *law*” o deber objetivo, “sino *right*” o derecho subjetivo⁷. Un derecho *innato*, en el sentido de que deriva de una ley natural previa a todo poder político y motivo de la ley positiva.

El constituyente americano de 1787 apenas hizo mención a las relaciones entre el gobierno y la religión, extendiendo a esta parcela el silencio que guarda respecto al conjunto de libertades civiles. La única excepción la constituye la disposición del artículo 6, donde se recoge la prohibición de exigir profesión de fe alguna para obtener empleo o cargo público. Sin embargo, ese silencio quedaría muy pronto integrado con la primera de las diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, propuesta por el Congreso en su primera legislatura y ratificada en 1791, que prohíbe que el poder legislativo haga ley alguna con respecto a la adopción de una religión (*establishment clause*) o haga ley alguna que prohíba la práctica religiosa (*free exercise clause*). La *free exercise clause* veda cualquier grado de compulsión directa o indirecta sobre las creencias. La *establishment clause* refleja el ideal de Jefferson y Madison, para quienes las funciones del gobierno y de la religión se desarrollarían de un modo más próspero si el uno permaneciese independiente de la otra.

En la misma dirección, el artículo 10 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 establece que “ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley”, de modo que se dejan sin efecto las previsiones del Edicto de Tolerancia de 1787, desplazadas por lo que, en el curso de las deliberaciones parlamentarias, el marqués de Mirabeau denominase la “plena libertad de pensamiento”⁸. Poco después, la Constitución de 1791 garantizaría, en su capítulo de disposiciones fundamentales, la libertad de todo hombre de “ejercer el culto religioso al que pertenece”.

Cuando Locke, en su *Carta sobre la tolerancia* (1689), afirma que los derechos del hombre son ajenos a la religión, piensa, sin duda, en ese proceso de secularización y en esa lucha por la libertad religiosa que alcanza desde el siglo XVI al XVIII. Si los textos fundacionales del Estado Constitucional tratan de convertir la libertad genérica en autodeterminación que se expresa en derechos concretos vinculados a la dignidad humana, ninguna relación entre poderes, ningún “compromiso religioso” –en expresión del constituyente revolucionario francés de 1791– puede obstaculizar el reconocimiento de la libertad de conciencia *lato sensu*.

⁷ Bartolomé Clavero Salvador, *Los derechos y los jueces*, Civitas, Madrid, 1988, p. 30.

⁸ Citado según Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, París, 1988, p. 245.

II. LAS RAZONES DE UNA “ARRIESGADÍSIMA PROFECÍA”

¿Qué sucede entre nosotros por esas mismas fechas con la libertad de conciencia y la actitud del poder público ante las Iglesias o confesiones? Que nadie se engañe. El planteamiento que en España subsiste es el del binomio antítetico entre verdad religiosa y libertad de conciencia. Durante gran parte del siglo XIX, en el plano constitucional del Estado, no cabe la libertad en un terreno que continúa abandonado al poder una Iglesia establecida. Siglos de Inquisición y de persecución de la herejía hicieron de nuestra condición colectiva, de nuestra *Constitución social-material*, una red de intransigencia, fanatismo e intolerancia. El pensamiento de Pierre Bayle en su *Comentario filosófico* (1686), de Locke en su *Carta sobre la Tolerancia*, de Voltaire en su *Tratado sobre la tolerancia* (1767) o de Stuart Mill en *Sobre la libertad* (1859) no se integró en la cultura política española. Eran disidentes o heterodoxos marginales quienes lo sostenían. La unidad religiosa como dogma o *statu quo*.

En 1818, el entonces obispo de Ceuta fray Rafael Vélez, uno de los principales doctrinarios del absolutismo, defendía en su *Apología del Altar y del Trono* (1818) la unidad religiosa como antídoto frente a la inestabilidad política. Las convulsiones –decía– que de medio siglo a esta parte han asolado Europa han tenido su origen en las reformas de los gobiernos en materia de conciencia y religión. Si los reinos católicos –Italia, Francia o Alemania– no hubieran dado acogida “a los planes de reforma eclesiástica y a las nuevas doctrinas sobre la religión, sus pueblos hubieran seguido como antes unidos a sus obispos, sus curas y ministros de la Iglesia, y necesariamente adheridos al trono”. Vélez adopta frente a los innovadores o reformistas el punto de vista español y católico y los presenta como vendidos a la impiedad.

Otro texto contemporáneo a la *Apología del Altar y del Trono* es de 1812 y dice así:

“La religión de la Nación española *es y será perpetuamente* la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

Aparte de su “arriesgadísima profecía”⁹, lo más llamativo de tan contundente e intolerante párrafo es que pertenece a la Constitución de 1812, símbolo de nuestro constitucionalismo decimonónico y bandera del liberalismo español durante décadas frente a las posiciones absolutistas. Si en algunos aspectos triunfó el liberalismo, en materia religiosa se impuso la tradición al recogerse en el artículo 12 una de las fórmulas más intransigentes e intolerantes de la

⁹ Francisco Tomás y Valiente, *Recensión del libro de L. Martín-Retortillo Libertad religiosa y orden público. Un estudio de jurisprudencia* (Madrid, 1970), en Francisco Tomás y Valiente, *Obras completas*, tomo VI, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 5039.

historia constitucional española. Una fórmula de “confesionalidad extrema junto a la negación absoluta de la libertad religiosa”¹⁰.

La historiografía liberal española se ha sentido tradicionalmente incómoda con el hecho de que el primer constitucionalismo fuera tan intolerante, calificando el artículo 12 de pura concesión a las condiciones de la época hecha a desgana y bajo presión por unos liberales para los que la situación debida no era otra cosa que la libertad de conciencia. La mayor prueba de esta posición es un texto de Argüelles contenido en *La reforma constitucional* (1835)¹¹ que, en mi opinión, no ha de interpretarse sino en el contexto de quien, años más tarde, asumiendo que la experiencia liberal gaditana no fue un éxito pleno, realizaba un ejercicio de autocrítica. Sin olvidar la actitud de los propios liberales cuando, a partir de 1833, con la Iglesia apoyando mayoritariamente al bando carlista, con la desamortización en marcha y el poder político en sus manos, no obraron de manera muy distinta. Otras razones explican la decidida apuesta del constituyente gaditano a favor de la catolicidad de la Nación; algo había en “el mapa genético”¹² del primer liberalismo español que justifica el sentido y alcance del artículo 12.

Para empezar, la confesionalidad sociológica de la Nación era no sólo un hecho indiscutible, sino hasta una ventajosa realidad. Valía la pena abrir nuevos frentes de distanciamiento respecto a los absolutistas y quienes les apoyaban por muchas razones, pero no por una cuestión meramente teórica, sin ninguna relevancia práctica. La disidencia religiosa se consideraba sólo especulativamente, de forma imaginaria, sin fundamento. Si la defensa ilustrada de la libertad religiosa tuvo mucho de pragmatismo, allí donde no existe conflicto religioso no hay por qué traicionar la tradición. Españolidad y catolicidad eran lo mismo. Se diría que el constituyente gaditano hizo suya la máxima de Bodino: “cuando la religión es aceptada por común consentimiento, no debe tolerarse que se discuta, porque de la discusión se pasa a la duda (...). Es de suma importancia que cosa tan sagrada (...) no sea menospreciada ni puesta en duda mediante disputas, pues de ello depende la ruina de la República”¹³.

Por otro lado, para nuestros primeros liberales, la laicidad es una fábula producida por el reformismo agnóstico y la Nación, en cuanto humanidad del

¹⁰ Alberto de la Hera Pérez Cuesta, “Confesionalidad y libertad religiosa en el Derecho Constitucional español (1808-1975)”, en Abraham Barrero Ortega y Manuel Terol Becerra, *La libertad religiosa en el Estado social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 66.

¹¹ Según Argüelles, para consagrarse la libertad religiosa “hubiera sido necesario luchar frente a frente con toda la violencia y furia teológica del clero, cuyos efectos demasiado experimentados estaban ya así dentro como fuera de las Cortes” –citado según Agustín de Argüelles, *La reforma constitucional*, Iter, Madrid, 1970, pp. 262-263–.

¹² José María Portillo Valdés, “De la Monarquía Católica a la Nación de los católicos”, *Historia y Política*, 17, 2007, pp. 17-35.

¹³ Jean Bodino, *Los seis libros de la República*, IV, Universidad de Venezuela, Caracas, 1965, p. 302.

hombre, debía contener en sí la religión, ocuparse de la fe del pueblo y favorecer el culto religioso nacional. Retomando la cita anterior de Bartolomé Clavero, cabría afirmar que en Cádiz la religión es más *deber objetivo* o *presupuesto político* de la Nación que contenido de un derecho subjetivo. Muñoz Torrero, presidente de la Comisión constitucional, lo expresaría abiertamente: “(…) la Comisión jamás ha dudado que a la Nación le toca defender y proteger la religión, puesto que es el principal deber a que está obligado todo ciudadano”¹⁴.

La religión es sencillamente *ley fundamental* de la Monarquía¹⁵. O, ahora, más exactamente, ley fundamental de la Nación, que se compromete a protegerla por leyes sabias y justas y a prohibir cualquier otro culto. El artículo 12 encierra “un giro que conduce de la Monarquía católica a la Nación católica”¹⁶. La vinculación de Nación y religión es coherente con la idea de la soberanía de la Nación y de su primacía en el nuevo orden constitucional. Mencionar a la Nación en vez de a la Monarquía conllevaba de manera indirecta dar entrada a la soberanía nacional.

Como quiera que sea, al margen del sujeto al que le competiese proteger la fe del pueblo, lo decisivo, insisto, es que la religión se contempla –en palabras del obispo y diputado Inguanzo Rivero– como “ley primera y antigua fundamental”¹⁷, como un principio o fundamento de nuestra *Constitución tradicional española*, de suerte que está por encima de cualquier decisión popular, incluyendo al legislador constituyente. Una de esas leyes fundamentales que no se pueden poner en tela de juicio porque el sistema descansa en la existencia de ellas.

Si los liberales de Cádiz hubiesen hablado de libertad de pensamiento y de su expresión como libertad de todos y de todo pensamiento se habrían situado en el terreno de los derechos naturales de todo hombre como fundamento del sistema y como límite del poder. Pero no fue así. No hay en Cádiz derechos básicos o prepolíticos. Les preceden unos valores, unas instituciones, unas leyes fundamentales. Una Nación, unas Cortes, una Monarquía y, como refleja el artículo 12, una Iglesia establecida, “un establishment of religion como el que en Norteamérica fuese proscrito como primera y elemental diligencia del *bill of rights* federal”¹⁸. Otras realidades son verdaderamente fundamentales. Prevalecen sobre la libertad y los derechos.

¹⁴ Diario de Sesiones, 30 de agosto de 1811, p. 1729.

¹⁵ En el sentido de Francisco Tomás y Valiente, “Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 65, 1995, pp. 13-126, y Santos Coronas González, “Las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen. (Notas sobre la Constitución histórica española)”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 65, 1995, pp. 19-66.

¹⁶ José María Portillo Valdés, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷ Diario de Sesiones, 2 de septiembre de 1811, pp. 1745-1746.

¹⁸ Bartolomé Clavero Salvador, *op. cit.*, p. 62.

Nótese, en tal sentido, que el artículo 4 de la Constitución de 1812 reconoce la libertad civil, la propiedad y “los demás derechos legítimos de todos los individuos” que componen la Nación. No se habla de derechos del hombre, sino de derechos de los individuos que integran la Nación, esto es, los derechos de los españoles. La libertad que se garantiza es la libertad civil, conforme a la ley, y los derechos, lejos de ser naturales, imprescriptibles o inderogables, son *legítimos*. La discrepancia respecto a la concepción francesa y americana es patente: lo legítimo es una categoría jurídica, política y social, por lo que mal pueden estos derechos ser anteriores y superiores a una comunidad política que ya está *constituida*. Los españoles son titulares de derechos, pero los disfrutan en su condición de tales, por su pertenencia a la Nación y, en todo caso, de acuerdo con sus leyes fundamentales. Los derechos legítimos se reconocen en el seno de la Nación, de modo que las leyes sabias y justas a las que alude el artículo 4 (las mismas leyes sabias y justas a las que el artículo 12 encomienda la protección de la religión oficial) pueden condicionar o sacrificar su reconocimiento atendiendo a su *Constitución histórica* o, lo que es lo mismo, a sus leyes fundamentales. La Nación no es la unión de los españoles que la forman, sino éstos sumados con los de siglos pasados. La libertad está limitada por lo que la Nación debe a su pasado. Se impone la tradición en cuanto conjunto de costumbres y normas heredadas del pasado. Más que de derechos individuales, puede hablarse en Cádiz de derechos sociales. Los derechos no son anteriores a la sociedad; son consecuencia de la misma. No se conciben como premisas de un orden a constituir. Se consideran resultantes de un orden constituido.

Es muy revelador que tanto en la Ley sobre responsabilidades de los infractores de la Constitución, de 18 de abril de 1821, como en el Código Penal, de 8 de junio de 1822, las conductas contrarias a la religión católica se contemplasen como delitos contra una de las bases fundamentales de la Nación. Todos los supuestos de traición contemplados en una y otra ley –y entre ellos la disidencia religiosa– representaban atentados contra los presupuestos políticos o leyes fundamentales del restaurado Estado liberal: la monarquía hereditaria, la división de poderes, las Cortes y la religión católica. El disidente religioso es *reo de Estado* y la herejía o la apostasía un *delito político*¹⁹.

Ni siquiera la supresión de la Inquisición en febrero de 1813 modificó sustancialmente este *statu quo*, no ya porque la confesionalidad subsistía en la Constitución, sino porque el propio decreto de abolición insistía en su artículo I.1 en que la religión católica debía ser preservada. La supresión del Santo Oficio supuso la eliminación de una incómoda jurisdicción eclesiástica especial, para que resurgiesen las competencias de los tribunales eclesiásticos ordinarios para conocer las causas de fe, ante las cuales cualquier español

¹⁹ Alicia Fiestas Loza, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Gráficas Cervantes, Salamanca, 1977, pp. 60 y ss.

tenía “acción para acusar del delito de herejía”. Y todo ello sin perjuicio de que el Rey materializase aquella protección con medidas que evitasen la introducción en España “de libros y escritos prohibidos o que sean contrarios a la Religión”.

Aquí radica la lógica por la que nuestros primeros liberales pudieron negar la libertad religiosa sin incurrir aparentemente en contradicción. La asociación entre Nación y religión se aceptó de manera natural en tanto “seña de identidad supuesta y superpuesta al proceso mismo de creación constitucional”²⁰. Hay un *código esencial católico* que delimita el alcance de la libertad.

Un signo necesario de españolidad y de ciudadanía española que, por lo demás, impregna todo el texto constitucional. La Constitución se promulga “en nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo (...)”; el municipio, a efectos electorales, adopta la parroquia como circunscripción electoral (art. 35); antes de la votación en las elecciones se debe celebrar una misa (art. 48) y, tras la proclamación de los candidatos electos, se cantará un *Te Deum* (art. 58); cada año se hace jurar a los diputados “defender y conservar la religión católica, apostólica, romana, sin admitir otra alguna en el reino” (art. 117); las leyes se promulgan ordenándose su cumplimiento a todas las autoridades civiles, militares y eclesiásticas (art. 155); el Rey tiene el tratamiento de Majestad Católica (art. 169) y presta juramento ante las Cortes bajo una fórmula que alude al carácter católico de la institución (art. 173); el Rey ostenta el derecho de presentación de obispos (art. 171. 6^a); cuatro consejeros de Estado son eclesiásticos (art. 232); perdura el fuero eclesiástico (art. 249); y en las escuelas de primeras letras se enseña a los niños a leer, escribir y contar y el catecismo de la religión católica (art. 366). Como se ha dicho, la Constitución de Cádiz era “integralmente confesional”²¹.

III. GRADO DE ACIERTO DE LA PROFECÍA CONSTITUYENTE

La confesionalidad católica del Estado asumida por la Constitución de 1812 y la prohibición contra cualquier otra práctica religiosa marcaría el futuro de nuestro Estado liberal en este terreno. La idea de la separación entre el poder político y la o las Iglesias, así como la libertad de conciencia en materia religión, fueron desconocidas por las Constituciones doctrinarias de 1837, 1845 y 1876, provocando con ello la crisis de todo el sistema constitucional del Estado. Basta, en todo caso, leer atentamente el artículo 11 de estos tres textos constitucionales para caer en la cuenta, sin excesiva dificultad, de que la confesionalidad allí consagrada tiene un alcance y una significación diversa a la de 1812.

Apartándose, en efecto, del precedente gaditano, y aunque a primera vista no sea tan evidente, las Constituciones de 1837, 1845 y 1876 mantuvieron,

²⁰ José María Portillo Valdés, *op. cit.*, p. 19.

²¹ José María Portillo Valdés, *op. cit.*, p. 26.

en unos términos menos rotundos, la confesionalidad sustancial del Estado, pero compatible con la *tolerancia de cultos*, esto es, el reconocimiento legal (expreso o tácito) del derecho a la libre profesión de su fe a los fieles de religiones distintas a la oficial en un ámbito estrictamente privado. El *Estado eclesiástico* o *Estado Iglesia*, como concesión frente al error, autoriza la práctica privada del culto. La tolerancia de cultos es un concepto *negativo y relativo*. Es en el caso límite, aunque frecuente en nuestra historia constitucional, de la imposición coactiva por parte de un grupo de sus propias creencias religiosas a los que disienten de ellas cuando la pretensión de tolerancia cobra sentido, traduciéndose entonces en el reconocimiento de cierta inmunidad para los que profesan religiones distintas de la establecida oficialmente. En realidad, las más tempranas afirmaciones de tolerancia (1837 y 1845) sólo significaron la exclusión de la violencia del ámbito religioso, sin que ello supusiese el reconocimiento de la plena libertad de conciencia. Los textos constitucionales más representativos del doctrinamiento político español consagraron la tolerancia de cultos en las coordenadas de una sociedad donde existía una Iglesia de Estado que ostentaba, en principio, la posibilidad de imponer coactivamente, por sí misma o mediante el gobierno secular, sus dogmas, pero que, por pragmatismo, renunciaba a ello²².

En cambio, la auténtica libertad religiosa implica el reconocimiento de un ámbito de inmunidad personal irreductible en orden a la realización del acto de fe y de cuantas otras expresiones individuales o colectivas éste lleva aparejado, generándose así un deber de abstención o de no interferencia que vincula tanto a los poderes públicos como a los demás sujetos privados. Dicha libertad presupone la posibilidad de que cada individuo persiga libremente sus fines espirituales superiores, reclamando, consecuentemente, las siguientes condiciones: a) el reconocimiento de *autonomía individual* para la elección y manifestación de las creencias; b) la *autonomía del grupo* religioso en la realización de sus fines; y) la *igualdad* de esos individuos y grupos ante la autoridad política.

La lógica jurídica del liberalismo doctrinario para negar la plena libertad religiosa es semejante a la del constituyente de 1812. Los derechos individuales deben figurar en la Constitución enunciados en términos genéricos y con cláusula remisiva a leyes futuras que los desarrolleen y limiten, sin que hasta que se produzca esa implementación sean más que meras declaraciones dotadas de valor político, pero no de fuerza jurídicamente vinculante. Los derechos quedan así degradados y trivializados. No son fundamentales, no son la esencia de la estructura jurídico política que diseña la Constitución, núcleo básico e irrenunciable del estatuto jurídico del individuo. No se reconocen, sólo se conceden. Y es que, en realidad, lo que se quiere garantizar no es la

²² Francisco Tomás y Valiente, *A orillas del Estado* (Cap. IX: Sobre la tolerancia), Taurus, Madrid, 1996, pp. 221 y ss.

²³ Diario de Sesiones, 27 de marzo de 1876, p. 2.

autodeterminación completa del individuo, su libertad, sino un concreto orden socio-político. El Estado reviste una forma histórica dada: la propia de la Nación española según su historia. Se invoca así la existencia de una *Constitución histórica* de España, de un *fondo común de la Constitución monárquica*, como vínculos a respetar a la hora de elaborar la Constitución escrita, lo que, en último extremo, significa que la voluntad del constituyente se encuentra supeditada a la fidelidad a ciertos elementos tradicionales de la Nación. En nuestra *Constitución interna* o no escrita existen principios históricos, “atributos esenciales” en palabras de Cánovas²³, dotados de un valor absoluto en el sentido de que se imponen con la sola legitimidad de su existencia histórica. Y dentro de este planteamiento historicista que exige lealtades conservadoras al constituyente, también la Iglesia católica se sitúa por encima del orden constitucional. Lo español, desde siempre, había sido, y debía seguir siendo, la defensa de la fe católica por parte del poder político.

En otro orden de consideraciones, solía pensarse, no sin sentido, que la libertad de conciencia iba unida a la democracia, a un nuevo espíritu público que reivindicaba derechos y libertades donde en la sociedad española sólo había existido opresión y defensa de la ortodoxia católica. La vinculación entre conservadurismo político y conservadurismo religioso es clara. Para Balmes, el catolicismo era el fundamento de la Nación española.

Por lo demás, la aplicación del principio de mera tolerancia al terreno de las creencias religiosas no significó –reitero– un igual trato ante la ley de los diversos grupos confesionales, una libertad igualitaria cuyo ejercicio no generase discriminaciones. Se diría más bien que, bajo la vigencia de las Constituciones de 1837, 1845 y 1876, y sobre todo tras la firma del Concordato de 1851, la Iglesia es copartícipe de un *sui generis* poder constituyente vinculado a la tradición. Lo más importante del Concordato de 1851 fue el haber servido de punto de partida para el desarrollo de toda una serie de principios en él contenidos, superponiéndose incluso a la Constitución y afianzando la vinculación institucional de la Iglesia con el Estado.

Sin desconocer que a lo largo del siglo XIX se planteó en la sociedad española un cierto conflicto religioso –polarizado en torno a la Inquisición y a la desamortización eclesiástica–, bajo la vigencia de las Constituciones de 1837, 1845 y 1876 los gobiernos liberales mantuvieron tres principios²⁴: a) *confesionalidad*; b) *exclusión* (por vía prohibitiva expresa o *ex silentio*) de otros cultos no católicos; y c) *dotación de culto y clero católicos* –no se olvide que andaba pendiente la cuestión de la desamortización y que esa obligación de sufragar los gastos de culto y clero quedó reconocida tanto en la Ley de Mendizábal de 29 de julio de 1837 como en el Concordato de 1851–. La continuidad es manifiesta. El modelo de integración *Estado Iglesia* quedó certificado en la Constitución y en otros textos legales. El Estado y la Iglesia

²⁴ Alberto de la Hera Pérez Cuesta, *op. cit.*, pp. 67-88.

católica se aliaron profundamente, formando un bloque homogéneo. La defensa de la catolicidad de España y la confesionalidad del Estado representaron la formulación más completa de la identidad católica nacional.

En cambio, las Constituciones de 1869 y 1931 significaron cambios ostensibles frente a esta tradición. Los derechos son el fundamento y la meta del poder político, no una concesión otorgada con desconfianza y en atención a criterios de oportunidad. Por vez primera en la historia de nuestro constitucionalismo aparecen expresiones como libertades públicas o derechos fundamentales. Aluden a una realidad jurídica indisponible para los poderes públicos y, en especial, para el legislador. No se prohíbe que las Cortes legislen sobre ellos, pero se deja constancia de que las Constituciones no dejan espacios muertos, por silencio legal, que luego pueden ser llenados por una acción legislativa limitadora. Además, los derechos se reconocen en la Constitución, que no es, como en la concepción doctrinaria, una ley como otra cualquiera, sino una norma jurídica de rango superior y de carácter vinculante. La *lex legum*. Las Constituciones de 1869 y 1931 muestran una sincera adhesión al principio de los derechos fundamentales en los que, por el contrario, no parecía creer el constituyente de 1812, 1837, 1845 y 1876. Los derechos son el principio o cimiento sobre el que se apoya todo el sistema político, recobrando así la Constitución su función original.

Como no podía ser de otra forma, y pese a alguna contradicción, este replanteamiento también aprovechará a los derechos de la conciencia en general y a la libertad religiosa en particular. En un Estado constitucional de derechos, y derechos fundamentales, no hay lugar para la intolerancia ni para la mera tolerancia. La libertad de conciencia es un *prius* frente a las relaciones entre el Estado y las Iglesias. La sociedad no puede coaccionar a los individuos contra su voluntad excepto en defensa propia. La única finalidad por la cual se pueden limitar las manifestaciones de la conciencia es la de evitar que perjudiquen a los demás. Ya no es posible justificar la restricción de las manifestaciones más importantes de la libertad de pensamiento con el simplismo historicista de Inguanzo o con los argumentos doctrinarios de Balmes, Donoso o Cánovas.

El constituyente de 1869 evitó cualquier pronunciamiento respecto a la confesionalidad o laicismo del Estado; por otra parte, permitía el ejercicio público y privado de cualquier culto y, finalmente, asumía la obligación de mantener el culto y clero católicos, como venía proclamándose desde 1837. Si bien es cierto que la Iglesia católica continuó recibiendo un trato privilegiado, no es menos cierto que el artículo 21 de la Constitución de 1869 significó un paso cualitativo importante hacia el distanciamiento. El propósito de la Comisión constitucional fue establecer lo que pudiera denominarse una *separación imperfecta* a través de la superación de la confesionalidad sustancial –inspiración auténtica de las instituciones en la doctrina católica–, aunque modulada por la renovación del vínculo económico. En tal sentido, el artículo 21 vino a consagrar una relación entre el Estado y la Iglesia católica de natu-

raleza puramente económica o, como señalara Montero Ríos en los debates constituyentes—, de “simple estipendio, de jornal”²⁵. Una causa histórica, la desamortización, tuvo que ser atendida, sin que ello implicara la existencia de un sistema general de relaciones privilegiadas entre la Iglesia católica y el Estado²⁶.

La corriente intelectual impulsora de un nuevo enfoque ahí estaba. El camino hacia el laicismo se allanó en 1869. Y cuando se dieron todas las circunstancias para el primer intento, dentro de nuestra historia constitucional, en favor de una Constitución democrática (masculina) con plena definición y limitación de todos los poderes del Estado, se plasmó esa otra actitud en materia de relaciones Estado-Iglesia. Recuérdese lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36 del Proyecto constitucional de 1873: libertad de cultos, separación entre la Iglesia y el Estado y prohibición a Estado federal, regiones y municipios de subvencionar ningún culto.

La Constitución de 1931, siguiendo las huellas del Proyecto constitucional de 1873, estableció la total separación entre el Estado y cualquier Iglesia. La religión es un asunto exclusivamente personal que debe quedar relegado al ámbito de la conciencia, sin que haya de ser tenida en cuenta para la ordenación de la sociedad. Como afirmara Azaña en las Constituyentes, el auténtico problema religioso no puede exceder de los límites de la conciencia. Y ante el sentimiento religioso, la creencia, el Estado debe mantenerse alejado y neutral; esto es, tiene que ser aconfesional (art. 3). Pero en ella se incluyeron también varios preceptos abiertamente hostiles contra la Iglesia católica (arts. 26 y 27). Quienes durante siglos sufrieron la intransigencia, se contagaron de ella. Como alertaron Ortega y Marañón, la actitud de los grupos mayoritarios obedeció más al típico trágala que a una conducta acorde con el talante democrático de la Constitución de 1931. Un error histórico.

IV. PASADO Y FUTURO

El constituyente español de 1978 quiso, finalmente, articular un modelo de relación entre el Estado y las Iglesias fundado en la libertad religiosa y en la aconfesionalidad estatal, sin que ello implicase hostilidad frente al hecho social religioso. Quiso expresamente desterrar la confesionalidad católica, pero sin los excesos laicistas de 1931. No existe una religión oficial, a diferencia de lo sucedido durante la mayor parte de nuestra historia constitucional desde 1812, pero sí la obligación del Estado de cooperar con la Iglesia católica y el resto de confesiones a fin de promover el ejercicio real y efectivo de la libertad religiosa individual.

²⁵ Diario de Sesiones, 14 de abril de 1869, pp. 1046-1047.

²⁶ Abraham Barrero Ortega, *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 54-59.

Si el origen histórico de la libertad religiosa está en la tradición liberal, que la concibió como una libertad negativa o un derecho de defensa, como un derecho a la no injerencia, en el siglo XX esta concepción se ha visto confrontada con la tradición democrática que cristaliza constitucionalmente en el paso del Estado liberal al Estado social. La Constitución añadirá a su tradicional función de garantía de los derechos individuales una nueva función, la promocional, a través de la cual los poderes públicos intervienen positivamente para crear las condiciones y remover los obstáculos que dificulten o impidan la libertad (art. 9.2 CE). La libertad religiosa no es una excepción y, junto a la no interferencia, incorpora también técnicas positivas de promoción como las relaciones de cooperación. En este contexto, la formulación expresa del principio de cooperación en el artículo 16.3 CE implica el reconocimiento de una vertiente positiva de la libertad religiosa y, en última instancia, la conveniencia de que los poderes públicos colaboren con las confesiones para la realización de la libertad individual. Los pactos o acuerdos de cooperación (así, art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa), aparte de su naturaleza jurídica específica, responden a la idea de concertar con cada confesión un estatuto que adapte el marco jurídico general de la libertad religiosa a sus particularidades. Se trata, sea como fuere, de una cooperación instrumental; se coopera para algo y ese algo no puede sino el ejercicio individual o colectivo de la libertad religiosa. Se quiere facilitar el disfrute de la libertad de religión.

El reconocimiento de esta vertiente positiva o promocional de la libertad religiosa exige, por consiguiente, matizar el dogma de la no interferencia, incompetencia o neutralidad del Estado en sede de conciencia y religión. La laicidad ya no puede interpretarse hasta el extremo de imposibilitar la cooperación, aunque conserva la función de límite del principio de cooperación pues éste no puede llevar al Estado a valorar positivamente lo religioso en cuanto tal y ni mucho menos a privilegiar –sin causa objetiva y razonable– a una concreta confesión.

A partir de esta evolución y cambio de perspectiva en lo que respecta a la no interferencia, cabría sistematizar las líneas de actuación del Estado en relación con el fenómeno religioso en cuatro apartados²⁷: a) las situaciones de mero *dejar hacer*, sin intervención alguna, en el sentido más clásico (p.e., no interferir en los actos de culto en los templos); b) las *respuestas positivas* institucionales para crear una red que permita proteger lo anterior (p.e., tutela penal de la libertad religiosa); c) el tradicional campo del Derecho administrativo en la *protección del orden público* –entendido en un sentido cívico–, lo que se viene denominando la policía administrativa (p.e., exigencias urbanísticas); y d) un cierto espacio para las *prestaciones* que debe asumir el poder público (p.e., ayudas dinerarias o exenciones tributarias o reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso).

²⁷ Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “El marco normativo de la libertad religiosa”, *Revista de Administración Pública*, 148, 1999, pp. 7-40.

¿Ha dejado España de ser católica? ¿Sigue comprometiendo la cuestión religiosa la firmeza de nuestro Estado constitucional? Sin negar los problemas que se han ido suscitando y seguirán suscitándose con ocasión de la puesta en práctica de los principios contenidos en el artículo 16 de nuestra Constitución, está claro que la libertad religiosa y la relación Estado-Iglesia católica ha dejado de ser un problema para la convivencia democrática. Es la lógica de los derechos fundamentales. El Estado constitucional español no puede quedar comprometido por la relación privilegiada de los poderes públicos con una concreta confesión religiosa. La religión de la España democrática ni es ni será la católica.

Sin embargo, es igualmente evidente que algunas de las zonas de penumbra de nuestro actual sistema de relaciones Estado-Iglesias se comprenden y enjuician con mayor lucidez si se atiende al dato histórico. La desconfesionalización de nuestro Estado Constitucional aún está en marcha, lo cual provoca disfunciones tangibles. El retraso histórico de los países latinos en el reconocimiento de la libertad religiosa y la laicidad estatal es significativo. No por casualidad, Italia y España sancionan en sus Constituciones la cooperación junto a la laicidad, lo que, en más de un sentido, puede contemplarse como un intento de adaptar fórmulas confesionales a la nueva realidad democrática en la que la laicidad es un activo irrenunciable²⁸.

Pero lo cierto es que, en nuestro país, no se ha progresado lo suficiente en dimensiones igualitarias de la libertad religiosa, sino que, por el contrario, se han ahondado las diferencias a favor de las confesiones más poderosas (con acuerdo de cooperación) y, principalmente, de la Iglesia católica. La igualdad y laicidad exigen, en buena lógica, que el Estado ofrezca a todas las convicciones, creencias y confesiones una misma estructura jurídica a la que hacer centro de imputación de derechos, obligaciones y beneficios. La configuración de esta estructura jurídica común supone el reconocimiento constitucional de la igualdad de las mismas ante la ley. Esta igualdad es, sin duda, compatible con la diversidad de convicciones y creencias y con la organización y el régimen de cada una de ellas, porque no hay que confundir igualdad con uniformidad. El reconocimiento, si se quiere a través del acuerdo de cooperación, de las peculiaridades de los sujetos colectivos de la libertad religiosa no quiebra la igualdad. Pero la mejora de nuestro modelo de protección de la libertad religiosa pasa, en mi opinión, por privilegiar esa estructura jurídica común frente a las variantes convencionales referidas a lo religioso. Desafío de futuro de cara a una eventual reforma del marco normativo de la libertad religiosa²⁹.

²⁸ María Holgado González, “La dimensión social de la libertad religiosa”, en Abraham Barrero Ortega y Manuel Terol Becerra, M.: *La libertad religiosa en el Estado social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 211-220.

²⁹ Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *op. cit.*, pp. 7-40. Asimismo, Abraham Barrero Ortega, “Apuntes críticos al sistema español de acuerdos de cooperación”, *Cuadernos de Derecho Público*, 33, 2008, pp. 123-136.

La dimensión política de la Junta de Portavoces*

Pilar Cortés Bureta

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza

Recibido: 22.03.2012

Aceptado: 31.05.2012

Resumen: La junta de portavoces no está prevista ni en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía. Se trata de un órgano cuya existencia, composición, funcionamiento y funciones están reguladas en los distintos reglamentos parlamentarios, tanto en los del Congreso y Senado, como en los de las distintas Asambleas Autonómicas. Sin embargo, de las previsiones reglamentarias, más bien escasas, no se deduce la importancia política de la Junta, ya que se ha convertido en el órgano de dirección política de la correspondiente Cámara, dada la composición de la misma y dadas las funciones que desempeña, especialmente su intervención en la fijación del orden del día.

Palabras clave: Junta de Portavoces, funciones, composición, dirección política, orden del día.

Abstract. *The Board of spokepeople is not planned neither in the Constitution nor in the Regional Statutes. It's about an organ which existence, composition, running and functions are regulated in the different parliamentary rules, at both Congress and Senate, and Regional Assemblies. However, from the regulatory forecasts, rather poor, doesn't deduce the politics importance of the Board, as long as it has become in the organ of politics leadership from the respective Chamber, in according to its composition and the functions that it carries out, specially its intervention in fixing the agenda.*

Key words: *Board of spokepeople, functions, composition, politics leadership, agenda.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Composición y posición de sus integrantes.—3. El criterio del voto ponderado (de la unanimidad al consenso).—4. Naturaleza y funciones. 4.1. Fijación del orden del día. 4.2.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del grupo de investigación consolidado S 102, “Nuevas vías de participación política en democracias avanzadas”, reconocido por el Gobierno de Aragón en Resolución del Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad, de 15 de abril de 2011. Además, quiero agradecer la colaboración desinteresada aportando experiencia y opiniones cualificadas a D. Nicolás Pérez-Serrano (Letrado del Congreso de los Diputados), Dª. Carmen Agueras (Letrada Mayor de las Cortes de Aragón), D. Eloy Suárez (Portavoz del Grupo Parlamentario Popular de las Cortes de Aragón), D. Javier Allué (Portavoz del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés de las Cortes de Aragón), D. Chesus Bernal (Portavoz del Grupo Chunta Aragonesista de las Cortes de Aragón) y a D. Adolfo Barrena (Portavoz del Grupo Parlamentario Mixto).

Marco de relación, negociación y transacción política. 4.3. Programación de los trabajos de la Cámara.—5. La Junta de Portavoces en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. 5.1. Previsiones en los Estatutos de Autonomía. 5.2. La Junta de Portavoces en los Reglamentos Parlamentarios Autonómicos. 5.2.1. Composición. 5.2.2. Funcionamiento. 5.2.3. Funciones.

1. INTRODUCCIÓN

El actual Parlamento español, como en todos los modernos parlamentos, difícilmente funcionaría sin un órgano como la Junta de Portavoces –JP, a partir de ahora–. Las razones de esta afirmación, respecto al papel fundamental de éste órgano, pretendemos esbozarlas a lo largo de las páginas que siguen.

Haciendo un poco de historia y repasando nuestra tradición constitucional, hacemos un recorrido por nuestras Constituciones históricas, y no encontramos en ellas ni una sola referencia a la figura de la JP. Y tampoco la encontramos en los Reglamentos parlamentarios de nuestra historia constitucional¹. Por el contrario, no es difícil encontrar en nuestro Derecho Parlamentario, preceptos que se refieran a la obligación del Presidente de decidir y anunciar cuáles van a ser los asuntos a discutir en la sesión siguiente y fijar el orden del día en el salón de sesiones, comunicándoselo al Gobierno, con lo que parece, que las decisiones sobre programación de los trabajos de la Cámara, eran responsabilidad exclusiva de su Presidente².

Esa ausencia de previsiones, no es de extrañar si tenemos en cuenta que tampoco encontramos referencias a los Grupos Parlamentarios y mucho menos a la idea de representación de los partidos políticos en las Cámaras³.

Sin duda, la irrupción de los partidos políticos en la vida de las Cámaras, a través de los grupos parlamentarios formados con los diputados y senadores elegidos bajo sus siglas en los procesos electorales, guarda una estrecha relación con la creación de las JP⁴. Hoy en día, ya nadie se sorprende al leer o al

¹ En el Ordenamiento español, el primer antecedente que nos puede acercar a las Juntas de Portavoces, si bien de forma tímida, lo encontramos en el Reglamento de 1934, al establecer en su art. 12.2 el nombramiento de un representante de los grupos políticos cerca de la Mesa.

² Torres Muro, Ignacio, “La Junta de Portavoces. Teoría general y caso español”, en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1984, pág. 303.

³ No obstante, mantener reuniones informales del Presidente de la Cámara con representantes de las fracciones o de los grupos, fue una práctica habitual en la época monárquica, al menos en su última fase, como refleja Solana, al escribir que el jefe de la minoría socialista “se singularizaba únicamente en las reuniones con el Presidente de la Cámara o en las efectuadas con otros dirigentes de partidos”. Solana, Fermín (ed.), *Historia Parlamentaria del Socialismo: Julián Besteiro 1918-1920*, Madrid, 1975, Tomo I, pág. 355, nota 2.

⁴ Oller Sala, Mª Dolores, “La Junta de Portavoces, instrumento político de negociación. Una aproximación al caso español”, *Anuario de Derecho Político de la Universidad de Barcelona*, nº 1.1983, pág. 131.

escuchar la afirmación de que esos grupos son la expresión de los partidos políticos y que, “los grupos parlamentarios son, a la vez, componentes orgánicos del Parlamento y subunidades de la organización de los partidos, dicho de otro modo, constituyen una penetración de la organización del partido en la estructura del Parlamento”⁵.

Pues bien, esos grupos cuya relación con los partidos políticos ya es evidente e innegable, se organizan para realizar su trabajo en la Cámara correspondiente y, ante la necesidad de relacionarse entre ellos para desarrollar las funciones que tienen atribuidas, nombran unos representantes de sus respectivos grupos, que se van a reunir en forma de juntas para coordinar su actuación. Es entonces cuando se consolidan e institucionalizan las JP.

En España, fueron las Disposiciones de las Cortes de 1977, normas provisionales dictadas por la propia Presidencia de las mismas, las primeras que hacen referencia a los representantes o portavoces de los grupos de la Cámara, si bien, tampoco hicieron referencia a los grupos parlamentarios expresamente. De esa manera, en su art. 21 preveían: “Los Presidentes de cada Cámara podrán reunir siempre que lo estimaran conveniente a los representantes o portavoces de los grupos constituidos en el seno de la misma y además los convocarán, junto con un representante del Gobierno, para deliberar sobre el orden del día de la Cámara y, en general, sobre la ordenación de los debates” (BOC núm. 1583, de 11 de julio de 1977). De la letra de este artículo se deduce que, por una parte, sus reuniones tenían un carácter facultativo porque era facultad del Presidente de la Cámara reunirlos cuando lo estimara conveniente, salvo las convocadas para debatir el orden del día y ordenar los debates, y que, además, sus decisiones, las decisiones que salieran de esas reuniones, no serían vinculantes.

La vigente Constitución española, fiel a aquella tradición constitucional histórica, tampoco regula la JP⁶. Serían los Reglamentos Provisionales del Congreso de los Diputados y del Senado⁷, los que introdujesen e institucionalizasen éste órgano parlamentario en la vida de nuestras Cámaras.

No obstante, de la comparación de ambos textos reglamentarios se deducen diferencias en su regulación. Así, en el Senado, la posición de la Junta de Portavoces era meramente consultiva, ya que se reunía previa convocatoria del Presidente, siendo únicamente obligada para fijar el orden del día, sin que la opinión de la Junta fuese vinculante, porque ese orden del día era fijado definitivamente por el Presidente de la Cámara, de acuerdo con la Mesa (arts. 17, 18 y 61.2 del RpS). Y en el Congreso, sin embargo, se regularon de forma

⁵ García Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 93-94.

⁶ Ninguna de nuestras Constituciones históricas regula la Junta de Portavoces como órgano parlamentario.

⁷ Art. 27 del Reglamento Provisional del Congreso de los Diputados de 17 de octubre de 1977 (RpC) y art. 17 del Reglamento Provisional del Senado de 18 de octubre de 1977, BOC núm. 21 de 22 de octubre de 1977 (RpS).

más amplia las funciones de la Junta. Se configuró como necesaria su conformidad para la fijación del orden del día, se previó la regularidad de sus reuniones y la posibilidad de que fuese convocada a solicitud de la mitad más de uno de los grupos parlamentarios (arts. 27 y 54 del RpC).

En 1982, con la aprobación de los vigentes Reglamentos de ambas Cámaras, la JP se convierte definitivamente en un órgano más de nuestras Cámaras, en ocasiones considerada órgano de dirección de la Cámara, si bien, a nuestro entender, la calificación más correcta sería la de órgano de dirección política, como expondremos más adelante.

La previsión y la creación de la JP en el ordenamiento jurídico español supuso una importante e interesante novedad del Derecho Parlamentario, al incorporar una figura ya conocida por los Ordenamientos de otros países, con distintas denominaciones (Conferencia de Presidentes en Francia e Italia, Conferencia de Decanos en Alemania).

Tal y como está configurada la JP en la normativa reglamentaria, es inquestionable que interviene en la fase de programación del trabajo parlamentario y es un instrumento que facilita y agiliza ese trabajo, pero eso no quiere decir que estemos ante un organismo meramente técnico. Muy al contrario, su principal y fundamental característica es que estamos ante un organismo esencialmente político. Lo que pasa es que la potencial actuación en la vida parlamentaria de cada grupo parlamentario va a depender, en cada momento, de su importancia numérica, de las relaciones entre los distintos partidos presentes en la Cámara y de la unidad política entre Gobierno y mayoría parlamentaria⁸. Y en este punto, nos parece razonable plantearnos el interrogante de que ¿cómo es posible que un órgano tan técnico tenga la importancia que tiene, si tan solo es un instrumento técnico? Pues la respuesta solo puede ser una, y es que su importancia es tal por el carácter político que tiene.

Los reglamentos de Congreso y Senado hacen una relación de las funciones que esta figura tiene atribuidas, pero de esa lectura no es posible deducir el alcance y la importancia política de la JP porque, como ya hemos adelantado, ese carácter de mecanismo político trasciende las previsiones jurídicas.

Si únicamente nos limitamos a contemplar las previsiones jurídicas respecto a sus funciones, comprobaremos, en efecto, que sus poderes no son muy amplios, pero eso contrasta, con que la propia doctrina ha calificado a la JP como “órgano capital”⁹, como órgano “central para la vida de la Cámara” o como órgano “de vital importancia”¹⁰.

⁸ Oller Sala, Mª Dolores, “La Junta....”, *ob. cit.* pp. 132 y 133.

⁹ Santaolalla López, F., Crónica parlamentaria I. El Proyecto de Reglamento del Congreso de los Diputados, *REDC*, nº 3, 1981, pág. 383.

¹⁰ *Diario de Sesiones de la Comisión de Reglamento, Congreso de los Diputados*, del 20 al 28 de septiembre de 1977. Intervención de Gómez Llorente, pág. 320.

En la actualidad, sin ninguna duda, la JP es el órgano parlamentario que mejor refleja el predominio de los grupos parlamentarios, ya que en ella se reúnen los portavoces de todos y cada uno de sus grupos, bajo la presidencia del Presidente de la Cámara¹¹.

2. COMPOSICIÓN Y POSICIÓN DE SUS INTEGRANTES

La composición de la JP viene determinada en los propios Reglamentos parlamentarios, donde se recoge que son miembros de pleno derecho, los portavoces de los distintos grupos parlamentarios y el Presidente de la Cámara correspondiente, bajo cuya presidencia se reúnen (art. 39.1 RC y art. 43.1 RS). Además de éstos, los Reglamentos prevén la posibilidad de que asistan otros miembros.

Así, el RC establece que a las reuniones de la Junta deben asistir obligatoriamente, al menos un Vicepresidente, uno de los Secretarios de la Cámara y el Secretario General. También pueden asistir suplentes de los portavoces de los grupos y un miembro de cada grupo, sin derecho a voto (art. 39.3 RC).

En el caso del Senado, no se hace referencia a la participación de ningún otro miembro de la Mesa. Pero pueden asistir hasta dos representantes de los grupos territoriales de un mismo grupo parlamentario, designados por su portavoz. Y, cuando se trate de deliberar sobre una materia que afecte a una determinada Comunidad Autónoma, será el propio Presidente el que lo comunique a los portavoces de los grupos en los que haya grupos territoriales para que puedan asistir sus representantes a la reunión (aunque, evidentemente, no tendrán derecho a voto).

La participación del Presidente de la Cámara es habitual en todas las instituciones similares, ya sea en las asambleas legislativas autonómicas o el Parlamento Europeo. En cuanto el Vicepresidente, desempeña su función clásica de sustituir al Presidente en caso de ausencia o de vacante y los Secretarios, su función de redactar actas. En la práctica, a las reuniones de la Junta de Portavoces asiste la Mesa al completo, con todos sus miembros, y lo hacen, además, desde una posición institucional, sin intervenir en los debates. Y eso es así porque, los altos cargos de la Cámara deben defender únicamente los intereses generales de la misma, los cuales, están por encima de los grupos políticos que la integran.

El Secretario General en el Congreso y el Letrado Mayor en el Senado, serán los que presten asistencia a este órgano, desarrollando las habituales funciones de asesoría técnica y redacción de documentos. No intervienen en los debates de los portavoces si no es para cuestiones técnicas.

¹¹ Contreras Casado, Manuel, “Las Cortes de Aragón”, *Derecho Público Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2005, pág. 80.

Esa presencia de altos cargos de la Cámara, nos puede hacer creer que entre la Mesa y la Junta de Portavoces gira toda la actividad Parlamentaria, es decir, que entre ambos órganos deciden la vida y el rumbo de la Cámara, y eso se traduce en el rumbo político del país.

Tanto en el Congreso como en el Senado, a las reuniones de sus respectivas Juntas, podrá asistir un representante del Gobierno, con voz pero sin voto. Para ello, el RC prevé expresamente, que de las reuniones de la Junta se dará cuenta al Gobierno para que, si lo estima oportuno, envíe un representante que podrá estar acompañado por persona que le asista, comunicación que no se exige en el RS (art. 39.2 RC). Esta previsión hay que justificarla en el hecho de que la colaboración entre Ejecutivo y Legislativo redundaría en un mejor funcionamiento del sistema en su conjunto, pero todo dependerá de los poderes que se le den al Gobierno en la Junta. Porque lo que no puede ser es que esa intervención limite la autonomía parlamentaria y la independencia de las Cámaras respecto al Gobierno. Y el riesgo de esa limitación se producirá cuando el Gobierno cuente con una sólida mayoría que lo sustente en la Cámara, porque, llegado el caso, podrá conseguir el apoyo de los portavoces de los grupos que le apoyan para imponer su criterio. Pero, en realidad, si el Gobierno cuenta con mayoría en la Cámara, va a conseguir apoyo para cualquiera de sus iniciativas, con lo cual, da lo mismo que imponga su criterio en la Junta como que lo imponga en la propia Cámara. En definitiva, los grupos que apoyan al Gobierno lo van a hacer en cualquiera de los dos ámbitos.

Por otra parte, tampoco parece muy sensato excluir al Gobierno de las reuniones de la Junta, defendiendo esa autonomía de la Cámara, porque podría conducirnos a una peligrosa falta de contactos entre el Parlamento y aquél y a una diversidad en la dirección política de cada uno de los poderes, que redundaría en una dispersión de políticas y de rumbo para el país. Es de esperar que una coordinación Parlamento-Ejecutivo redunde en un mejor funcionamiento de las instituciones con los beneficios que eso puede reportar al Estado en su conjunto. No debemos olvidar que el Gobierno necesita al Ejecutivo para sacar sus iniciativas legislativas adelante y, sobre todo, necesita su confianza para seguir gobernando¹².

En cualquier caso, la asistencia de un miembro del Gobierno parece fundamental a la hora de articular el trabajo de la Cámara, conciliando el papel de los Grupos Parlamentarios, como titulares de la función legislativa y como encargados del control al Gobierno, y las aspiraciones del binomio Gobierno-mayoría, intentando sacar adelante su programa de gobierno y siendo motor de la actividad legislativa.

¹² Una absoluta discrepancia entre Gobierno-Ejecutivo podría llevar a la pérdida de la confianza de aquél y, por consiguiente a una moción de censura o a una disolución de las Cámaras.

No hemos de perder de vista el carácter de la participación de tal representante, que es un mero asistente no un integrante de la Junta, el cual se puede hacer oír pero, llegado el caso, no puede votar¹³. Su función será exponer y transmitir las opiniones gubernamentales, si lo estima necesario, y participar en los debates. Ni que decir tiene que lo de no poder votar tampoco es tan importante porque se supone que el Gobierno cuenta con el voto de los Grupos que lo apoyan o que le dieron su apoyo en la investidura, con lo cual, en caso de votación, contaría con su voto favorable. Los reglamentos no dicen nada respecto al rango del miembro del Gobierno que puede asistir, con lo cual, en principio, podrá asist cualquier miembro del Gobierno o cualquier persona apoderada por éste. Seguramente decidir quién vaya a asistir a cada Junta, será una decisión marcada por las cuestiones a tratar y por el interés que el Gobierno tenga en ellas. Es una cuestión que queda en manos del Ejecutivo y entra dentro de su potestad de organizarse y, puede enviar un representante, en cuyo caso decidirá el nivel de tal representante, o puede no enviarlo, puesto que los reglamentos son flexibles en ese sentido, y el Gobierno no está obligado a enviarlo, ni se le puede obligar a ello¹⁴.

A pesar de lo dicho, la asistencia de un representante del Gobierno a la Junta puede que no sea tan importante para coordinar la actividad parlamentaria con la función gubernamental, porque es una vía demasiado formalizada, y hay otras vías informales u otros mecanismos para hacerlo.

Lo que no contempla ninguno de los dos Reglamentos, ni el del Congreso ni el del Senado, es que puedan asistir los Presidentes de las Comisiones. Y tampoco está prevista la intervención directa de esas Juntas en la programación del trabajo de las Comisiones, únicamente en la programación del Pleno (en realidad sólo en la del Pleno del Congreso, que es el que necesita el acuerdo de la Junta para fijar el orden del día porque en el del Senado, la Junta simplemente será oída).

En ese sentido, ningún reglamento de ninguna asamblea autonómica, prevé la asistencia de los Presidentes de las distintas Comisiones, cuando regulan la composición de sus respectivas JP. Y lo mismo en el reglamento del Parlamento Europeo¹⁵, cuya Conferencia de Presidentes está integrada por el Presidente del Parlamento y por los presidentes de los grupos políticos (art. 24 RPE), si bien, allí está también prevista la existencia de una Conferencia de Presidentes de Comisión (art. 27 RPE), previsión que no se da en los reglamentos de Congreso y Senado, ni en los de las asambleas autonómicas.

¹³ La propia letra de las previsiones reglamentarias ya hace esta diferencia. El art. 43.1 RS dice que “La Junta de Portavoces *estará integrada...*” y el art. 43.2 RS “A las reuniones de este órgano ... *podrán asistir* un representante del Gobierno...”.

¹⁴ Art. 39.2 RC De las reuniones de la Junta se dará cuenta al Gobierno *para que envíe, si lo estima oportuno...*”.

¹⁵ Reglamento del Parlamento Europeo, 16^a edición, 15 de mayo de 2010 (última actualización, 10 de marzo de 2011) (RPE).

Sobre la conveniencia o no de que los Presidentes de las Comisiones asistan a las reuniones de la Junta podemos apuntar y esgrimir argumentos a favor y argumentos en contra, como exponemos a continuación.

Si tenemos en cuenta el carácter de instrumento técnico que le hemos atribuido a la Junta, agilizando y facilitando el trabajo parlamentario, y teniendo en cuenta que debe ser oída para fijar el calendario de sesiones y para la fijación del orden del día (en el Congreso se exige su acuerdo), la ausencia de los Presidentes de las Comisiones en la Junta y la falta de una intervención directa de la misma en la programación del trabajo de las Comisiones, no encuentra una fácil explicación y, además, es un hecho que “podría influir de forma negativa en los cometidos de programación del trabajo parlamentario encomendado a la Junta de Portavoces y, en general, en toda la programación de la actividad parlamentaria”¹⁶.

Sin duda, en el trabajo parlamentario tiene tanta importancia, o más, la labor que se lleva a cabo en Comisiones, algunas de ellas de especial relevancia porque pueden incluso aprobar leyes, como la desarrollada por el Pleno. Por eso, la programación de ese trabajo podría ser global, para el conjunto de los órganos parlamentarios. Los Reglamentos del Congreso y del Senado no prevén una programación global de toda la actividad parlamentaria, sino que regulan, por un lado la programación de los trabajos del Pleno y, por otro, los de las Comisiones. En ese sentido, la Junta de cada una de las Cámaras (junto con la Mesa) parece el lugar más adecuado para elaborar una programación de forma coordinada del trabajo de esos órganos, de todos ellos, y ahí es donde parece razonable y aconsejable que los Presidentes de las Comisiones puedan acudir a las reuniones de la Junta.

Por el contrario, la verdad es que las Comisiones son órganos de trabajo subordinados al Pleno, como lo demuestra el hecho de que en el Senado, su Presidente puede convocarlas y fijar su orden del día y, en cualquier caso, su orden del día será fijado teniendo en cuenta el programa de trabajos de la Cámara; y en el Congreso su orden del día será fijado por la propia Mesa de la Comisión pero de acuerdo con el Presidente de la Cámara y teniendo en cuenta el calendario fijado por la Mesa (art. 67.2 RC).

Como ya hemos dicho, elaborar el orden del día no es una tarea propiamente técnica, sino que tiene un fuerte componente político, y esos intereses técnicos están mucho mejor representados por los miembros de la Mesa que asisten a las sesiones de la Junta. En realidad, la JP no tiene la posición preeminente en la elaboración del orden del día, ya que son las Mesas de las dos Cámaras las que participan activamente en esa labor, siendo el órgano que más se ocupa de este aspecto de la organización. Quizá por ello, la presencia de los Presidentes de las Comisiones sea más defendible en las Mesas.

¹⁶ Viver Pi-Sunyer, Carles, “Naturaleza jurídica, organització i funcionament del Parlament de Catalunya”, *Administración Pública*, núm. 4, junio-julio, 1981, pág. 117.

Por otro lado, la Junta representa a los Grupos parlamentarios, y no parece que los Presidentes de las Comisiones tengan ahí cabida. Además en España, las presidencias de Comisiones no se reparten, sino que pertenecen, mayoritariamente, al grupo mayoritario, con lo cual, su presencia, aunque sea con voz pero sin voto, podría hacer peligrar el mínimo equilibrio mayorías-minorías que debe reinar en los debates.

En la práctica, la presidencia de las Cámaras sí que mantiene reuniones con los Presidentes de las Comisiones, de manera intermitente, pero no para adoptar acuerdos sino para informarles de lo decidido en otros órganos, para unificar las prácticas parlamentarias y para que cumplan el calendario de trabajo.

Pero la razón de ser de la JP es, sin duda, reunir a los portavoces de los grupos parlamentarios, que actúan como representantes y siguiendo las consignas de los mismos. Son los que representan los intereses de los partidos políticos organizados en la Cámara y son los únicos que tienen derecho a voto en la Junta. La designación del portavoz y de los que eventualmente, puedan sustituirle, debe constar en el propio acto de constitución de los grupos, como exigen los Reglamentos de ambas Cámaras (art. 24.2 RC y 28.2 RS)¹⁷. Y en el Congreso, cabe la posibilidad de que tanto los portavoces como los suplentes puedan estar acompañados por un miembro de su grupo, aunque sin derecho a voto (art. 39.3 RC), cosa que en la práctica se da muy a menudo porque de esa manera es más de una persona la que está al tanto de las decisiones que en la Junta de adoptan y, además, permite que exista más de una voz por grupo.

Sin embargo, eso no quiere decir que entre el grupo y su portavoz haya una relación de mandato imperativo, ya que el portavoz en la Junta actúa de manera libre, como estima oportuno en cada momento, aunque, de hecho siga las instrucciones de sus representados, o del partido político al que representa. Y tampoco supone una delegación de voto de los representados el portavoz, porque aunque el portavoz, llegado el caso de una votación, y en función del criterio del voto ponderado, tiene tantos votos como miembros de su grupo, en realidad el parlamentario de base no delega sus poderes en el portavoz, simplemente se trata de una “ficción”, que no va más allá de la Junta. Llegado el Pleno, cada uno de los parlamentarios, votará según su propio criterio, aunque éste, en base a la disciplina de voto, habitualmente sea coincidente con el

¹⁷ Aún así se pueden dar situaciones de incorporaciones de representantes no previstos, como destaca Rubio Llorente: “la composición (de la Junta) ...ofrece, sin embargo, en cuanto a los nombres concretos que de ella forman parte, una cierta imprecisión, pues, junto a designaciones de los portavoces realizadas mediante comunicación escrita a la Presidencia de la Cámara, ha habido otras realizadas *apud acta* mediante la manifestación ante la Junta, en tal o cual sesión, de la decisión de incorporarse a la misma en representación de determinado Grupo”. Introducción a Cortes Generales, Congreso, *Memoria Legislatura 1977-79*, Madrid, 1979, pág. 12.

de su portavoz¹⁸. En ese sentido, la JP no es más que la cristalización de esa disciplina¹⁹.

Asiste a la Junta, un portavoz de cada grupo, de manera que la composición no es proporcional al número de escaños, sino igualitaria para todos los grupos. Todos y cada uno de ellos están representados por un solo portavoz, incluido el Grupo Mixto, aunque en el estén agrupados representantes de varias y diversas formaciones políticas. De esta manera, la Junta, que tiene una dimensión media, es el foro perfecto para debatir y tomar decisiones, con más facilidad que si hubiese varios miembros de cada grupo. Además, los grupos minoritarios se colocan casi en la misma posición que los grupos mayoritarios, lo que es importante a la hora de defender sus derechos, aunque sepan que, en caso de votación, su fuerza sigue siendo minoritaria.

Destacable es el hecho de que son los portavoces de los grupos parlamentarios, porque son en torno a los cuales se estructura la Cámara, y no los portavoces de las formaciones políticas con presencia en la Cámara. De no ser así, el Grupo Mixto, o los grupos parlamentarios formados por una coalición de varias fuerzas políticas, deberían tener varios portavoces, tantos como formaciones políticas tuvieran representadas.

3. EL CRITERIO DEL VOTO PONDERADO (DE LA UNANIMIDAD AL CONSENSO)

Pocas son las previsiones jurídicas respecto al funcionamiento interno de la Junta de Portavoces.

La Junta se reúne por convocatoria del Presidente de la Cámara (art. 39.1 RC y art. 43.1 RS). En el Senado, el Presidente tiene el monopolio de la convocatoria, pero en el Congreso, el Presidente comparte esa potestad de convocatoria, porque puede ser, además, a instancia de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, posibilidades que no están previstas en el RS. Lo que no está previsto en ninguno de los Reglamentos, es que el Gobierno pueda solicitar esa convocatoria, ni tampoco ningún diputado o senador a título individual.

Nada prevén los Reglamentos sobre el funcionamiento interno de la Junta ni sobre la regularidad de las reuniones. En la práctica esas reuniones se vienen celebrando previamente a la celebración de una sesión plenaria, pero también se celebran reuniones ocasionales de las que no se levanta acta²⁰.

¹⁸ Torres Muro, Ignacio, “La Junta de...”, *ob. cit.*, pág. 314.

¹⁹ Torres Muro, Ignacio, *Los órganos de...*, ob. cit., pág. 240.

²⁰ En este punto, nadie considera reuniones de la Junta de Portavoces, las ocasiones en las que, en medio de un Pleno, surge una cuestión concreta que el Presidente decide consultar con los portavoces. En esos casos, el Presidente hace un receso en el Pleno y consulta, pero de esa consulta ni se levanta acta ni se considera, como decíamos, reunión de la Junta de Portavoces propiamente dicha.

Una cuestión de capital importancia en la propia configuración y en el funcionamiento de la Junta es la forma de tomar decisiones. El RS, por su parte, no hace referencia a este punto, mientras que en el Congreso se adoptarán siempre por votación y en función del criterio del voto ponderado (art. 39.4 RC). No obstante, en la práctica, las decisiones de la Junta del Senado, también se toman por medio del procedimiento del voto ponderado²¹.

El criterio del voto ponderado supone que cada portavoz tendrá tantos votos como escaños tiene en la Cámara su grupo parlamentario, lo que, obviamente, asegura una posición predominante del grupo o de la coalición mayoritaria, en detrimento de los grupos minoritarios.

Si el criterio fuese la unanimidad, los grupos se verían obligados a buscar el acuerdo y se daría la oportunidad de introducir asuntos propuestos por los grupos minoritarios. En este sentido, ha sido la doctrina italiana la que ha señalado que la toma de decisiones por unanimidad, debería ser la principal característica de la Conferencia de Presidentes (denominación italiana de la Junta de Portavoces)²².

Entendemos, sin embargo, que la obligatoriedad de la unanimidad, podría acabar colapsando la propia JP, haciendo imposible tomar cualquier decisión, por sencilla que fuese. Además, si todos los órganos de la Cámara –Comisiones, Ponencias, Diputación Permanente– tienen una formación proporcional a la del Pleno y cuando tienen que tomar una decisión se hace también bajo el criterio del voto ponderado, la JP, que es uno más de esos órganos, no tiene razón de ser diferente.

Como excepción, el art. 67.4 del RC, exige la unanimidad para incluir un de terminado asunto en el orden del día, aunque no haya cumplido los trámites reglamentarios necesarios. La explicación de tal exigencia está en el hecho de que permite incumplir una de las reglas básicas de todo procedimiento, como es que los asuntos que pasan al Pleno, han de haber cumplido todos los trámites.

La verdad es que, a pesar de la previsión del voto ponderado, en la práctica diaria, hemos de apuntar que raramente se vota en Junta de Portavoces, al menos en el Congreso de los Diputados²³. Puede parecer una paradoja pero, no exigiéndose unanimidad para la toma de decisiones, los portavoces buscan el consenso o al menos, el apoyo suficiente para no recurrir a una votación.

²¹ La misma previsión del voto ponderado aparece en los reglamentos de las asambleas autonómicas. Y en el Parlamento Europeo, la primera previsión de su Reglamento es que “la Conferencia de Presidentes tratará de alcanzar un consenso sobre los asuntos que se le sometan”, y cuando eso falle “se procederá a una votación ponderada de acuerdo con el número de diputados de cada grupo político” (art. 24 RPE).

²² S. Tosi, *Diritto Parlamentare*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 210 y ss.

²³ Por el contrario, en alguna asamblea autonómica, como es el caso de las Cortes de Aragón, el recurso a la votación es prácticamente constante.

Por último, las sesiones de la JP son a puerta cerrada, y sus actas no se publican. Quizá en el hecho de no publicarlas no haya una intención de secreto, pero lo cierto es que es así, y donde no hay obligación legal o reglamentaria de publicarlas, no se hace²⁴.

4. NATURALEZA Y FUNCIONES

Del tenor literal de los Reglamentos parlamentarios, no parece deducirse que las Juntas de Portavoces tengan una especial importancia, a juzgar por las funciones que tienen atribuidas. Eso plantea la evidencia de que a la Junta no se le da una importancia proporcional a la importancia que tienen los grupos parlamentarios en nuestro sistema, como vertebradores de la vida de las Cámaras.

Sin embargo, la práctica y la costumbre nos han demostrado que sus poderes son mayores que los que derivan de la letra de los preceptos reglamentarios²⁵. Y es que, cuando se trata de estudiar la previsión jurídica de una serie de competencias o funciones, limitarse a los textos legales puede ser un error porque el reparto de esas competencias que hacen los reglamentos de las Cámaras, entre los distintos órganos no es base suficiente para calibrar la importancia de los mismos²⁶.

Y ese es el caso de la Junta de Portavoces, que más que por las funciones que tiene atribuidas por vía reglamentaria, vale por la gran influencia política que tiene, ya que representa las opiniones de los grupos parlamentarios, que son los que integran la Cámara y los que protagonizan su actividad. Por eso se ha dicho de ella que “a pesar de las escasas atribuciones que los reglamentos confieren a las Juntas, éstas son en la práctica –sobre todo la del Congreso– los órganos decisarios en los casos conflictivos de auténtica importancia política”²⁷ y que “llegaron a constituir los verdaderos órganos de decisión y en casos de auténtica importancia política, las funciones reales que asumieron fueron decisivas”²⁸.

Antes de pasar a examinar algunas de las funciones de la JP, vamos a detenernos un momento en analizar la naturaleza de éste órgano.

²⁴ Los reglamentos de las asambleas autonómicas tampoco suelen prever la publicación de las actas de la JP. La única excepción la encontramos en el Reglamento de la Asamblea de Extremadura, cuyo art. 66 establece su carácter público.

²⁵ Ya sucedió así en la legislatura constituyente, como señala Ramírez Jiménez, Manuel, “Teoría y práctica del grupo parlamentario”, *REP*, núm. 11, 1979.

²⁶ Torres Muro, I., *Los órganos de gobierno de las Cámaras legislativas. Presidente, Mesa y Junta de portavoces en la Derecho parlamentario español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. 267.

²⁷ García Molrillo, en Esteban y López Guerra (dir.), *El régimen constitucional español* 2, Barcelona, 1982, pág. 98.

²⁸ Oller Sala, Mª Dolores, “La Junta...”, *ob. cit.*, en nota 2, pág. 151.

Por una parte estamos ante un órgano deliberante, del que serían miembros todos los que reglamentariamente pueden asistir a sus reuniones, pero, por otra parte, también se trata de un órgano de adopción de acuerdos, del que sólo serían miembros los portavoces de los grupos parlamentarios, que son los que tienen derecho a voto²⁹.

De manera que, en función de cuál sea la función de la JP, ésta aparece como un órgano deliberante o como un órgano decisorio. Y, además, según actúe como órgano deliberante o como órgano decisorio, tendrá unos miembros u otros o, dicho de otro modo, sus miembros tendrán distinta posición. Es decir, en una JP deliberante, se consideran miembros, a todos aquellos que reglamentariamente pueden asistir, ya que únicamente se trata de debatir, discutir, intercambiar opiniones o planteamientos, incluso negociar; mientras que en una JP decisoria, en la que hay que tomar una decisión imputable a dicho órgano, o en la que se plantea una votación, únicamente se consideran miembros, los portavoces de los grupos parlamentarios.

Y si esta diferenciación se plantea respecto al papel de los miembros que integran la JP, los Reglamentos parlamentarios utilizan distintas expresiones que nos pueden plantear interrogantes sobre el verdadero papel de la propia Junta. Porque las previsiones reglamentarias utilizan expresiones como “con el parecer favorable de la Junta”, “de acuerdo con la Junta” o la Junta “será oída”, que son expresiones distintas y con un significado aparentemente diferente, respecto a su intervención. En ese sentido, planteamos dos cuestiones:

1º ¿Es preceptiva la consulta a la Junta? No nos plantea dudas la respuesta porque si la Junta debe ser oída o se necesita su parecer o su acuerdo, es incuestionable que la consulta es preceptiva. Cosa distinta es lo que nos lleva a la segunda cuestión.

2º ¿Son vinculantes los acuerdos de la Junta? Aquí la respuesta ya no es tan sencilla ni tan clara, sino que habrá que detenerse en la literalidad de cada precepto reglamentario. Unas veces, el Reglamento simplemente prevé que ha de ser escuchada, con lo cual, puede interpretarse que hay obligación de escucharla pero su decisión no es vinculante; y, otras veces, cuando el Reglamento exige el acuerdo de la Junta, hemos de entender que la consulta, además de ser preceptiva, el acuerdo que adopte será vinculante.

Los actuales Reglamentos contienen una regulación distinta para la Junta en sus respectivas Cámaras. En términos generales, en el Congreso se configura como un órgano decisior en ciertos casos, mientras que en el Senado se presenta como un órgano meramente consultivo³⁰.

²⁹ Solé Tura, J. y Aparicio, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 138.

³⁰ Quizá es diferente configuración obedezca a una menor estructuración partidista del Senado, y así se reflejó en su Reglamento. Oller Sala, M. D., “Los órganos de ..., ob. cit., pág. 106.

En la mayoría de los artículos de los Reglamentos parlamentarios, no se exige el acuerdo de la Junta sino sólo que debe ser oída, de manera que, en la mayoría de los casos son la Mesa o el Presidente, o ambos conjuntamente, los que toman las decisiones.

Pero, si esas son las previsiones reglamentarias, en la práctica política parece difícil imaginar a la Mesa o al Presidente de una Cámara, tomando una decisión absolutamente en contra de la Junta de Portavoces, ya que son los verdaderos protagonistas de la vida política de las Cámaras. En cuanto a la Mesa, parece difícil que pueda tomar una decisión en contra de la JP, porque sus miembros son también integrantes de esos grupos parlamentarios, de manera que a la hora de decidir, no creo que fuesen a provocar un enfrentamiento. Respecto al Presidente de la Cámara, realmente puede tomar una decisión en contra de la JP pero, supondría enfrentarse abiertamente con el conjunto de la Cámara, con el conjunto de los representantes de los ciudadanos y, además de la gran dificultad de mantener esa decisión, llegado el caso, la dificultad de llevarla a cabo. Por otro lado, buscar el consenso con la Junta de Portavoces es, tanto para la Mesa como para el Presidente, una forma más de legitimar sus decisiones. Sin duda, cualquier decisión, o actuación, que salga de la Cámara y vaya con el apoyo del Presidente, de la Mesa y de la JP, va a ser mucho mejor recibida, asumida, percibida, o simplemente valorada, por parte de la opinión pública, porque da una imagen de cohesión y consenso que, en algunos asuntos, los ciudadanos reclamamos.

De esta manera, pasamos a analizar algunas de las funciones de la Junta de Portavoces que, a nuestro entender, más trascendencia política tienen.

4.1. Fijación del orden del día

En la actualidad, tal y como establece el art. 75 CE, nuestras Cámaras funcionan en Pleno y en Comisiones. Las Comisiones realizan el trabajo preparatorio para el Pleno, gran escenario de la actividad política. Cuando un asunto llega al Pleno, ya se ha trabajado, discutido, consensuado, lo que sea según el caso, pues el Pleno no es más que la puesta en escena de lo ya decidido antes. Sin duda, se trata de una escenificación importante, porque va a ser lo que los ciudadanos contemplen y porque van a ser las noticias políticas que van a recoger los medios de comunicación al día siguiente, pero sobre todo es importante porque son las decisiones que van a marcar el rumbo de la vida política y, a partir de ella, en el ámbito social, económico, etc...

Por esos motivos, fijar el orden del día, decidir qué se va a representar en cada sesión plenaria, tiene una importancia vital en la Cámara. Porque es donde nuestras formaciones van a fijar posiciones, donde le van a desvelar al ciudadano cuál es realmente su postura sobre los distintos asuntos que se traten.

Pues bien, decidir esos puntos, es lo que hace la Junta de Portavoces con el Presidente de la Cámara. Con lo cual, a primera vista ya deducimos que la

voluntad política de la Cámara se encargan de formarla el Presidente con la JP.

Aparentemente, la fijación del orden del día es un instrumento excepcionalmente importante para organizar y programar el trabajo parlamentario. Sin embargo, a medida que el trabajo de las Asambleas ha ido aumentando y, sobre todo, en la medida en la que en ellas se integran grupos políticos de ideologías dispares, incluso radicalmente opuestas, representando los distintos sectores de la sociedad, ese instrumento, que parece meramente técnico, se ha convertido en un instrumento político.

La fijación del orden del día, debería ser un simple mecanismo para conseguir el orden en los trabajos de la Cámara, pero como eso supone decidir los asuntos que se van a tratar en el Pleno, esa fijación se ha convertido en un asunto de especial importancia y relevancia en el que todos están interesados en participar. Porque hay que decidir los asuntos que van y los que no, y todo ello atendiendo a criterios estrictamente políticos, y si me apuran puramente partidistas, algunas veces. De esa manera, determinar el contenido del orden del día es determinar el contenido de la actividad parlamentaria, pero también de la actividad política.

Además, como en la Junta de Portavoces están representados los grupos de la Cámara por sus líderes, la Junta se convierte en un importante centro de poder dentro de la misma³¹, sencillamente porque el Presidente o la Mesa consulta con los portavoces, pide sus opiniones, sus puntos de vista y llega a acuerdos con ellos.

Realmente, la JP se ha convertido en el órgano que lleva la verdadera dirección política de la Cámara, pero no debemos perder de vista el papel de Pleno y las Comisiones, que no deben convertirse en meros órganos refrendantes de las decisiones que tome la JP³².

En muchas ocasiones, la JP sólo ha de ser consultada y su consulta no es vinculante, pero, como ya hemos adelantado anteriormente, resulta difícil imaginar que el Presidente o la Mesa adopten una decisión en contra de la opinión de la JP. En primer lugar, por la propia legitimación del Presidente y de la Mesa, porque cualquier decisión que adopten estará mucho más reforzada si lleva el apoyo de la JP y, en segundo lugar, por razones de funcionalidad, llevar a cabo cualquier decisión en contra de los Grupos Parlamentarios puede desembocar en una importante disfuncionalidad de la propia Cámara.

A pesar del importante trabajo de la Junta en la programación del trabajo parlamentario, la Junta no es, estrictamente, un “órgano de la programación” parlamentaria³³, puesto que esas funciones no las desempeña en exclusiva,

³¹ Torres Muro, Ignacio, “La Junta de ...”, *ob. cit.*, pág. 298.

³² Oller Sala, M^a Dolores, “La Junta ...”, *ob. cit.*, pág. 155.

³³ Ese es el caso italiano y así la denomina Manzella, A., *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977, pág. 102.

sino junto con el Presidente o la Mesa y, por otro lado, ni interviene en la programación del trabajo ni en la fijación del orden del día de las Comisiones.

En el Congreso, el orden del día del Pleno es fijado por el Presidente de la Cámara, con el acuerdo de la Junta, de donde se deduce que su consulta, no sólo es preceptiva sino que, como se requiere su acuerdo, además es vinculante (art. 67.1 RC). Mientras tanto, en el Senado, la Junta simplemente será oída para fijarlo, de donde se deduce que su consulta es preceptiva, pero su acuerdo no es necesario, con lo cual, no es vinculante (art. 44. b R).

En este punto el Gobierno tiene una posibilidad de intervención porque, en el Congreso, puede pedir que en una sesión concreta se incluya un asunto con carácter prioritario, siempre que haya cumplido los trámites reglamentarios, que hagan que esté en condiciones para ser incluido en el orden del día. Aun sin haberse cumplido esos trámites, la Junta, a iniciativa del Gobierno o de un grupo parlamentario, puede acordar que un asunto sea incluido en el orden del día. En cualquier caso, el Gobierno no puede imponer prioritariamente un asunto, sólo puede “pedir” su inclusión en el orden del día (art. 67. 3 y 4 RC). En el Senado, en cambio, el representante del Gobierno, podrá incluir un solo asunto con carácter prioritario en el orden del día (art. 71. 1 RS).

Aunque ya hemos adelantado que la JP no interviene en la fijación del orden del día de las Comisiones, no podemos dejar de hacer referencia a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado, porque presenta una especialidad respecto a las demás Comisiones. En este caso, para fijar su orden del día, para determinar el orden y la duración de las intervenciones y para ordenar el debate posterior, se requiere la audiencia de los Portavoces de los grupos en la Comisión. Nótese que se hace referencia a los portavoces de los grupos en Comisión, pero no se hace referencia a la JP como órgano, sino sólo a los portavoces de los grupos que estén representados en la Comisión.

4.2. Marco de relación, negociación y transacción política

La JP constituye, junto con las Ponencias, uno de los marcos perfectos para la negociación y la transacción política. La razón de esta afirmación es bien sencilla. Es un foro reducido, cuyas actas no se publican, donde no hay público, y donde los integrantes pueden dialogar con tranquilidad. Nuestros representantes necesitan de esa negociación y si no disponen de medios o foros para realizarla, los buscarán, y entonces les acusaremos de utilizar medios extraparlamentarios. No obstante, si se me permite, no nos parece que ésa sea una apreciación correcta, ya que sería más correcto entender que, en esos casos, serán medios extraórganos, aunque intraparlamentarios, es decir, medios que se encuentran dentro del Parlamento, aunque fuera de los órganos establecidos.

En ese sentido, la JP sirve de marco de relación, en primer lugar, de los diferentes grupos parlamentarios donde, a través de sus portavoces, pueden

discutir sobre los asuntos que se planteen y donde, seguramente, será más fácil llegar a acuerdos entre ellos.

En segundo lugar, sirve de punto de contacto entre los órganos de Gobierno de la Cámara (Presidente y Mesa) y los Grupos Parlamentarios, que no son más que la trascipción parlamentaria de los partidos políticos. De esa manera, se asegura la participación conjunta para adoptar cualquier decisión.

Y es, en tercer lugar, un foro donde se relacionan con el Gobierno y, más en concreto, donde se produce el encuentro entre el binomio Gobierno-mayoría y minoría. Y ese foro puede ser el adecuado para el diálogo, para la negociación y para la transacción política, entre mayoría y minorías y entre Gobierno-mayoría y la oposición. Sin duda el margen de actuación de la JP será menor, por no decir nulo, si nos encontramos en un caso de mayoría absoluta para un Grupo Parlamentario, o si el Gobierno cuenta con el apoyo de los Grupos suficientes para que le den esa mayoría, porque si se plantea una votación, se impondrá su criterio. La lógica nos pone de manifiesto que el debate y la búsqueda del consenso entre el mayor número de Grupos Parlamentarios será mayor cuanto más repartidos estén los escaños entre dichos Grupos, es decir, cuando el Gobierno necesite el apoyo de más de un Grupo para sacar adelante sus pretensiones.

En definitiva, en el seno de la Junta se llevan a cabo negociaciones fundamentales para el buen funcionamiento de las Cámaras y el secreto que rodea sus sesiones puede ser el adecuado para lograr acuerdos. Sin duda, dada su composición, es el órgano idóneo para realizar funciones integradoras y de consenso político³⁴.

4.3. Programación de los trabajos de la Cámara

En el Congreso, la Junta será oída por la Mesa para programar las líneas generales de actuación de la Cámara, para fijar el calendario de actividades del Pleno y de las Comisiones para cada período de sesiones y coordinar los trabajos de sus distintos órganos (art. 31.1.6º RC). Pero fijar un calendario a largo plazo es muy difícil, salvo que se sea consciente de que no se va a cumplir, porque la actividad de las Cortes, o de una Cámara en particular, es muy difícil de concretar, por pura lógica, porque hay muchas variables que pueden cambiar y muchos asuntos que pueden surgir en cualquier momento, alterando así esas previsiones. Por eso, se pueden fijar las grandes líneas de la actividad parlamentaria pero nada más. El hecho de que sea oída, quiere decir que únicamente es necesaria su consulta, pero que el resultado de ésta no vincula la decisión de la Mesa.

³⁴ Oller Sala, Mª. D., “Los órganos de dirección de las Cámaras: Presidente, Mesa y Junta de Portavoces”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, 1986, pág. 109.

5. LA JUNTA DE PORTAVOCES EN LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

5.1. Previsiones en los Estatutos de Autonomía

Las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas funcionan de manera similar a como lo hacen las Cámaras de las Cortes Generales. Al igual que Congreso y Senado, todas cuentan con un reglamento que regula todo lo relativo a su composición, organización y funcionamiento. Y, como no podía ser de otro modo, también prevén la existencia de una Junta de Portavoces.

De cómo regulan sus respectivas Juntas de Portavoces los Reglamentos de las distintas asambleas legislativas Autonómicas, vamos a dar cuenta en las líneas que siguen.

Para empezar, al igual que la Constitución, en la mayoría de los Estatutos de Autonomía no se prevé la existencia de la Junta como órgano de la asamblea autonómica. Hemos dicho bien, en la mayoría de los Estatutos, porque en algunos sí que está recogido este órgano, si bien lo hacen de manera distinta, como veremos.

Así, el Estatuto de Cataluña, en su art. 59.2, relativo a la organización y funcionamiento, establece que el Reglamento del Parlamento regulará, entre otras cosas “las atribuciones de la Junta de Portavoces”³⁵, con lo cual, da por hecho la existencia de la misma. En el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, encontramos dos previsiones, una en el art. 12.d donde, en términos similares a la del estatuto catalán, se prevé que será el Reglamento de la Asamblea el que determinará “las funciones de la Junta de Portavoces”; y otra, con una clara referencia a su composición y a quién ha de presidirla, en el art. 13.2, cuando establece que “Los Diputados de la Asamblea se constituirán en Grupos Parlamentarios, cuyos portavoces integrarán la Junta de Portavoces, que se reunirá bajo la presidencia del Presidente de la Asamblea”³⁶.

Previsión distinta es la que encontramos en el Estatuto de Autonomía de Cantabria, que sólo hace referencia a la Junta para destacar una de las ocasiones en las que la misma debe ser oída, y es en el art. 13 cuando establece que “El Presidente del Parlamento coordina los trabajos del Parlamento y de sus Comisiones y dirige los debates. La Mesa asiste al Presidente en sus funciones y establece el orden del día, oída la Junta de Portavoces”³⁷. Se trata de una de las funciones principales de la Junta, la determinación del orden del día, pero en este caso su participación, siendo preceptiva no es vinculante, ya que únicamente ha de ser oída, pero no se exige su acuerdo.

³⁵ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE nº 172, 20 de julio de 2006.

³⁶ Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. BOE nº 51, de 1 de marzo de 1983.

³⁷ Ley Orgánica 11/1988, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cantabria. BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1998.

Y, por último, en el Estatuto de Autonomía de Extremadura, no encontramos una referencia directa a la Junta, pero sí a los que son sus integrantes, a los portavoces, cuando en el art. 31 establece que “El Presidente de la Asamblea de Extremadura, previa consulta a los Portavoces designados por los Grupos Parlamentarios, en el plazo de quince días desde la constitución del Parlamento, propondrá un candidato a la Presidencia de la Junta (...)”³⁸. Se trata de una ronda de consultas similar a la que hace el Rey para proponer un candidato a la Presidencia del Gobierno, consultando con los representantes de las formaciones políticas con representación parlamentaria (art. 99 CE).

Si estas eran las escasas previsiones de los Estatutos de Autonomía, en los Reglamentos parlamentarios autonómicos, encontramos una completa previsión y regulación de la JP en cada una de las Asambleas autonómicas.

5.2. La Junta de Portavoces en los Reglamentos Parlamentarios Autonómicos

5.2.1. Composición

La regulación de la Junta de Portavoces que hacen los distintos Reglamentos autonómicos es bastante similar, como exponemos a continuación³⁹.

³⁸ Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Extremadura. BOE nº 109, de 7 de mayo de 1999.

³⁹ Referencia de los Reglamentos autonómicos a los que nos vamos a referir:

- Reglamento del Parlamento de Andalucía (RPA), de 21 de septiembre de 2005 (BOPA nº 285, 23 de septiembre de 2005);
- Reglamento de las Cortes de Aragón (RCA), de 26 de junio de 1997 (BOCA nº 124, 30 de junio de 1997);
- Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias (RJGPA) (BOPA nº 16, 18 de julio de 1997, última modificación en BOPA nº 135, 11 de junio de 2008);
- Reglamento del Parlamento de Canarias (RPCAN) de 17 de abril de 1991 (última modificación BOCAN nº 218, 30 de julio de 2009);
- Reglamento del Parlamento de Cantabria (RPC), de 26 de marzo de 2007 (BOC nº 90, 10 de mayo de 2007);
- Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha (RCCLM), de 16 de octubre de 1997 (BOCCLM nº 133, 16 de octubre de 1997, última modificación en BOCCLM nº 164, 11 de diciembre de 2009);
- Reglamento de las Cortes de Castilla y León (RCCL), de 11 de mayo de 2005 (BOCCL nº 179/6, 29 de julio de 2005);
- Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPCAT), de 22 de diciembre de 2005 (BOE nº 38, 14 de febrero de 2006);
- Reglamento de la Asamblea de Extremadura (RAE), de 19 de junio de 2008 (BOE nº 131, 8 de julio de 2008);
- Reglamento del Parlamento de Galicia (RPG), de 1 de septiembre de 1983 (BOPG nº 150, 1 de septiembre de 1983, última modificación en BOG nº 3, 4 de enero de 1995);

En cuanto a su composición, todos esos Reglamento prevén, en primer lugar, que la Junta esté compuesta por los portavoces de los Grupos Parlamentarios, reunidos bajo de presidencia del Presidente del Parlamento, de la Asamblea o de la Junta. Esos portavoces, podrán estar acompañados de un miembro de su Grupo Parlamentario. En cuanto a los suplentes de los portavoces, algunos Reglamentos establecen que pueden asistir y otros no dicen nada al respecto. Y en el caso del miembro del Grupo que puede acompañar al suplente del portavoz, caso de que éste no asista, no tendrá, ni siquiera de recho a la palabra (RCA).

Además, deben asistir a las reuniones, un Vicepresidente, un Secretarios de la Cámara y el Letrado Mayor o, en su defecto, un letrado de la Cámara.

En algunos casos está previsto que puedan asistir los demás miembros de la Mesa, así como los Presidentes de las Comisiones o cualquier Diputado de la Cámara, para oírles sobre asuntos de su competencia o respecto a iniciativas en tramitación.

En general, también está previsto que de las reuniones de la Junta se de cuenta al Gobierno, para que envíe, si lo estime oportuno , un miembro o alto cargo en quien éste delegue, que podrá estar acompañado por la persona que lo asista. Lo que ocurre es que, en algunos Reglamento se prevé que se informe al Gobierno, con carácter general de todas las reuniones de la Junta y en otros, únicamente cuando el Presidente entienda que se van a tratar asuntos que afecten o sean de su interés (RCA). El RACCE especifica que sea el propio Consejo de Gobierno el que, por iniciativa propia o a instancia de la Junta, encomiende a un Consejero la comparecencia ante la Junta a fin de aclarar alguna cuestión o ser interrogado sobre algún extremo que figure en el orden del día.

-
- Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares (RPIB), de 23 de junio de 1986 (BOPB nº 23, 22 de julio de 1986, modificación en BOPB nº 47,13 de abril de 1991);
 - Reglamento de la Asamblea de Madrid (RAM), de 30 de enero de 1997 (BOAM nº 82, 31 de enero de 1997);
 - Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia (RARM), de 14 de abril de 1988, última reforma de 13 de junio de 2002;Reglamento del Parlamento de Navarra (RPN), de 8 de octubre de 2007 (BON nº 138, 5 de noviembre de 2007);
 - Reglamento del Parlamento de La Rioja (RPLR), de 10 de abril de 2001 (BOPLR nº 95, 18 de abril de 2001);
 - Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV), de 28 de diciembre de 2006;
 - Reglamento del Parlamento Vasco (RPV), de 11 de febrero de 1983 (BOPV nº 025, 18 de febrero de 1983, modificaciones en BOPV nº 187, 29 de diciembre de 2008 y nº 29, 16 de octubre de 2009);
 - Reglamento de la Asamblea de la Ciudad de Ceuta (RACCE), (BOCCE 22 de enero de 2007);
 - Reglamento de la Asamblea de la Ciudad de Melilla (RACM), de 7 de septiembre de 1995 (modificación en BOME nº 9, 12 de marzo de 2004).

5.2.2. Funcionamiento

Respecto a su funcionamiento, la convocatoria la hace el Presidente, a iniciativa propia, a petición de uno o dos Grupos Parlamentarios, según los casos, y además, a petición de la décima parte de los miembros de la Cámara, en unos casos, y en otros de la quinta parte de esos miembros. El caso del RCA, establece que en estos dos últimos casos, el Presidente tiene un plazo no superior a ocho días para realizar la convocatoria, introduciendo, además, en el orden del día el asunto o asuntos propuestos por aquéllos. O, el RJGPA, que establece que en esa petición ha de haber un máximo de cuatro asuntos, que deberán incluirse en el orden del día. O el RAE que establece que el Presidente deberá convocar la Junta en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a petición motivada con propuesta de orden del día de un grupo parlamentario, limitando el número de veces que cada grupo pueda formalizar esa petición a dos veces por período de sesiones. O el RARM, según el cual, la reunión deberá celebrarse en los cinco días hábiles a la solicitud. O el RPN que exige que la reunión se celebre en el plazo máximo de diez días hábiles. O el RPLR, que deberá celebrarse en un plazo no superior a cuatro días desde que se formule la petición. Y el RACM, en un plazo no superior a cuatro días desde que se formule la petición.

El RAE también prevé que la Junta sea convocada por el Presidente, de acuerdo con la Mesa, a petición motivada del Gobierno autonómico.

Sólo el RAE prevé, expresamente, que la convocatoria debe hacerse con al menos veinticuatro horas de antelación, especificando el orden del día. Y el RACCE con dos días hábiles de antelación comunicando el orden del día a tratar.

En algunos casos se fija el quórum que ha de tener la Junta para constituirse válidamente, como es el caso del RJGPA, que exige que concurren la mitad más uno de los Grupos Parlamentarios siempre que representen, a su vez, la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara. O el RAE, que para quedar válidamente constituida, en primera convocatoria exige la presencia de los portavoces o suplentes de todos los grupos de la Cámara, pero en segunda convocatoria exige sólo la presencia de los portavoces que representen, al menos la mitad más uno de los Diputados de la Cámara, entendiendo que no estará válidamente constituida si no está presente el presidente, al menos un Vicepresidente de la Mesa, un secretario y el Letrado Mayor o letrado que lo sustituya. O el RPV, que exige la mitad más uno de los grupos que, a su vez, representen la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara.

Lo que todos los Reglamentos prevén, es la periodicidad mínima con la que se ha de reunir la JP durante el período de sesiones, que generalmente es quincenalmente o, en algún caso mensualmente.

También aquí, las decisiones de las diferentes Juntas se adoptarán atendiendo al criterio de voto ponderado.

En ese sentido, el RPC contiene una previsión específica respecto al Grupo Mixto, y es que, el portavoz de tal Grupo, deberá acreditar el sentido

del voto de cada uno de los diputados a partir del momento en que así lo solicite por escrito ante la Mesa de la Cámara, un diputado de dicho Grupo. Y el RPN, que establece que el portavoz del Grupo Mixto tendrá tantos votos como miembros del Grupo le hayan otorgado la representación que deberá acreditar por escrito. O el RACCE que prevé que en el caso del Grupo Mixto pueda asistir un representante de cada fuerza política con respaldo electoral.

Algunos Reglamentos prevén expresamente la necesidad de levantar acta de las sesiones de la Junta por parte del Letrado Mayor o letrado que le sustituya, supervisada y autorizada por el Secretario que asista, con el visto bueno del Presidente. Y, en algunos casos, también se establece un plazo para que los componentes puedan realizar reclamaciones.

Pero únicamente el RAE establece que las actas sean públicas. Y más aún, prevé que las sesiones de la Junta sean grabadas, si bien sólo serán transcritas cuando se requiera previamente por alguno de sus miembros. Ese texto transcrita ya sólo estará a disposición de la Junta.

El RACCE diferencia entre sesiones ordinarias y extraordinarias de la Junta, dejando la calificación de ordinarias para las sesiones a las que hemos hecho referencia en toda la exposición y calificando como extraordinarias aquellas que no necesitan convocatoria previa ni comunicación del orden del día, siendo necesaria únicamente la efectiva concurrencia de todos los portavoces.

5.2.3. Funciones

La regulación de las funciones de la Junta es bastante similar en los distintos Reglamentos autonómicos. En unos casos encontramos un listado más o menos amplio, que recoge una serie de funciones, y en otros caso, a falta de ese listado, las funciones están dispersas a lo largo del articulado.

Lo que debemos destacar es que, en la mayoría de los Reglamentos, se trata de unas funciones en las que se exige la previa audiencia a la Junta pero no su acuerdo, con lo cual, se trata de una intervención preceptiva, es decir, es obligatorio escuchar a la Junta, pero no vinculante, lo que quiere decir, que las actuaciones se pueden llevar a cabo sin el acuerdo o la conformidad de la Junta. Sólo el RAE y el RAM, distinguen, expresamente, entre asuntos en los que se requiere el acuerdo de la Junta y asuntos en los que debe ser oída.

Las funciones más repetidas en los Reglamentos parlamentarios autonómicos son las siguientes:

- fijar los criterios que contribuyan a ordenar y facilitar los debates y tareas del Parlamento,
- concretar las fechas en que hayan de comenzar y terminar los períodos de sesiones de la Cámara,
- decidir la Comisión competente para conocer de los proyectos y proposiciones de ley,
- fijar el número de miembros de cada grupo parlamentarios que deberá formar las Comisiones y Diputación Permanente,

- asignar los escaños en el salón de sesiones a los diferentes grupos parlamentarios, y
- establecer el calendario de actividades de las Comisiones.

En un sentido más concreto, el RPLR prevé que la Junta pueda aprobar declaraciones institucionales a iniciativa del Presidente, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Y el RPV y el RAE establece que la Junta podrá aprobar esas declaraciones institucionales por unanimidad. Y el RACCE según el cual, la Junta podrá aprobar declaraciones institucionales a iniciativa de su Presidente o un grupo político válidamente constituido. El RJGPA prevé que la Junta pueda acordar, por unanimidad, declaraciones de carácter urgente.

El RPC, el RCCLM, el RCCL, el RAE, el RARM, el RPN es el que hace referencia explícita a la fijación del orden del día como una función de la Junta, y en algunos no sólo el orden del día del Pleno sino también el de las Comisiones.

El RACCE tiene una enumeración de las funciones curiosa y distinta a los demás Reglamentos, estableciendo que la Junta:

- tiene funciones sobre las materias referidas a las relaciones entre los grupos políticos y de éstos con los diferentes órganos corporativos, para su mejor funcionamiento;
- y es un órgano consultivo del Presidente de la Asamblea, en todas aquellas materias que afecten al desarrollo de las sesiones plenarias, adopción de medidas disciplinarias contra uno o varios Diputados y en todas aquellas relativas a la representación protocolaria de la Corporación y otras que afecten a la gestión pública.

Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional*

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor doctor de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

Recibido: 01.05.2012

Aceptado: 31.05.2012

Resumen: El estudio de los derechos fundamentales y su garantía es materia del Derecho constitucional. En este sentido, el análisis del nivel de garantía y desarrollo de los derechos constitucionales de distintos colectivos como, por ejemplo, los inmigrantes, las minorías o las mujeres, se ha convertido en un tema recurrente de los estudiosos del Derecho público. Sin embargo, la investigación del nivel de implementación en ciertos ámbitos concretos, como puede ser el caso de las posibilidades de disfrute de los derechos fundamentales por los miembros de las Fuerzas Armadas en ciertas situaciones particulares no es una materia estudiada in extenso. Este trabajo trata de realizar una introducción breve sobre la forma de realización de los derechos fundamentales en una situación tan especial como es la que suscita el embarque de la dotación y el personal militar para el cumplimiento de una misión en aguas extranjeras.

Palabras Clave: Armada española, Constitución española, Derechos fundamentales, dignidad de la persona, misión internacional.

Abstract: *The study of the fundamental rights and its warranty is a matter of the Constitutional Right. In this sense, the analysis of the warranty's level and the development of the constitutional rights of different groups like, for example, the immigrants, the minorities and the women, has turned into an appellant subject of the Public Right's experts. However, the investigation of the implementation's level in certain concrete fields, like the case of the possibilities of enjoyment of the fundamental rights for the members of the Army in certain particular situations is not a matter studied in full. This work tries to put into effect a brief introduction about the form of realization of the fundamental rights in as a special situation as the one that cause the boarding of the crew and the military staff for the compliance of a mission in international waters.*

Key words: Spanish Navy, Spanish Constitution, fundamental rights, person's dignity, international mission.

* El presente texto es una versión actualizada de la contribución presentada al I Congreso de Seguridad y Comunicación en las Relaciones Internacionales: Fuerzas Armadas y protección de intereses nacionales en el extranjero, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y la Universidad Complutense de Madrid y celebrado en octubre de 2010.

Sumario: 1. Introducción.—2. El fundamento básico del orden militar: la dignidad de la persona.—3. Derechos que corresponden al mismo nivel a militares y civiles. 3.1. Derecho a la vida y a la integridad física y moral. 3.2. Derecho a la libertad religiosa. 3.3. Derecho al honor. 3.4. Derecho de sufragio activo.—4. Derechos que admiten perfilación parcial. 4.1. Derecho a la igualdad. 4.2. Derecho a la intimidad. 4.3. Libertad ambulatoria. 4.4. Libertad de expresión. 4.5. Derechos de reunión, manifestación y asociación. 4.6. Derecho de petición.—5. Derechos que no pertenecen al militar. 5.1. Derecho de sindicación. 5.2. Derecho de huelga.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro días se admite de modo generalizado que las virtudes que deben regir la conducta del miembro de las Fuerzas Armadas, «abnegación», «espíritu de servicio» (artículo 83 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FAS), el «amor a la responsabilidad» (artículo 449 del Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Armada)¹, y tampoco la disciplina militar, son óbice para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del militar. Bien al contrario, los distintos mandos del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, en el ámbito de su respectivo Ejército, tienen la obligación de «velar por los intereses generales del personal, tutelando en particular el régimen de derechos y libertades» (artículo 13.3b de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de Defensa Nacional y artículo 12.i de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar). Desde esta perspectiva, en el marco de las misiones de las FAS en el extranjero, las posibilidades de implementación y garantía de los derechos fundamentales de los militares destinados a la operación se sitúa en una posición especial, que proviene, de un lado, de la dificultad que supone hacer efectivo a todos los niveles el disfrute de ciertos derechos constitucionales, teniendo en cuenta la lejanía y particulares condiciones de vida durante el despliegue, y de otro, sobre todo, del peligro que supone el desarrollo de sus funciones, a veces incluso bajo riesgo de la propia vida, ser herido en «acto de servicio» o ser hecho prisionero.

La Constitución española de 1978 no tiene lógicamente reglas generales ni prevé un régimen específico para este tipo de situaciones extraordinarias. Ahora bien, ello no quiere decir que en el texto constitucional no encontremos preceptos que apuntan de algún modo a la lógica validez de los derechos fundamentales de los militares en todo tipo de situación y a la total obligación de la organización militar de implementar al máximo posible la efectividad de los derechos y libertades constitucionales también incluso en caso de despliegue en el extranjero; así, por poner tan sólo un ejemplo, se reconoce –en

¹ Precepto derogado por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FAS.

el artículo 53.1– que los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I deben ser garantizados por todos los poderes públicos en todo caso y a todos los niveles sociales, también, por tanto, en las unidades, centros y organismos de las FAS; más aún, la necesidad de que una ley orgánica (según el artículo 8.2) debe regular las bases de la organización militar conforme a los principios constitucionales presupone la plena sujeción del legislador a la configuración de un ordenamiento militar basado en la dignidad de la persona y el pleno respeto a los derechos garantizados por la Constitución². La intervención en los derechos de los militares necesita así de un fundamento constitucional. En el caso de las FAS se encuentra en los ineludibles fines del artículo 8.1 de la Constitución (defensa de la independencia de España, su integridad territorial y del orden constitucional). Las limitaciones a los derechos en estos casos resultan no sólo constitucionalmente legítimas, sino incluso necesarias. Empero, la atención a las importantes misiones que se le atribuye a las FAS³, ni, en su caso, el aseguramiento de la necesaria disciplina y unidad de acción –imprescindible para el logro de los objetivos constitucionales que le han sido delegados⁴–, debe suponer una habilitación en sentido amplio al legislativo en orden a la restricción de los derechos constitucionales del militar. Y ello presupone que, con independencia de que haya derechos que admitan mayor o menor delimitación, los derechos constitucionalmente reconocidos de los militares no se deben restringir o limitar más de lo estrictamente necesario. La posibilidad del legislador de configurar los derechos de los militares, tanto a nivel de unidades, centros y organismos en territorio nacional como en destinos en el extranjero, es, por tanto, amplia, pero no es en modo alguno absoluta, pues debe ajustarse también a criterios de proporcionalidad⁵ y, en su caso, preservar lo más posible su contenido esencial⁶.

² En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», en *Revista española de Derecho constitucional*, CEPC, n.º 70, Madrid, 2004, p. 199, para quien el hecho de que el artículo 8.2 de la Constitución remita a una Ley Orgánica la regulación de las bases de la organización militar conforme a los principios constitucionales presupone «la plena sujeción del orden militar al orden estatal y democrático y recordar que el ordenamiento militar debe de fundarse sobre la dignidad de la persona y sobre el pleno respeto a los derechos garantizados por la Constitución».

³ STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ.º 4.

⁴ STC 102/2001, de 23 de abril, FJ.º 3.

⁵ En sentido similar, BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 429, para quien no puede decirse que la relación militar «opere como una suerte de “límite inmanente” a los derechos fundamentales, pues tanto la existencia de tal relación, como su alcance restrictivo de determinados derechos fundamentales, habrá de justificarse constitucionalmente (...), y sea como fuere, siempre habrá de aplicarse el principio de proporcionalidad para enjuiciar cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental».

⁶ Sobre el requisito de reserva de ley y respeto del contenido esencial de los derechos de los militares, véase, SERRANO ALBERCA, J. M., «La protección de las libertades

La normativa al efecto –principalmente, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical, la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las FAS, las Reales Ordenanzas y, más recientemente, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS– deja entrever *grosso modo* la clasificación de los derechos fundamentales de los militares en tres niveles diferenciados: a) unos derechos que corresponden al mismo nivel a militares y civiles (derecho a la dignidad de la persona, derecho a la vida, libertad ideológica o religiosa, derecho al honor y derecho de sufragio activo); b) un segundo grupo de derechos que admiten una perfilación, sin que el militar pueda verlos afectados *in toto* (derecho a la igualdad, intimidad, la libertad ambulatoria, la libertad de expresión e información, los derechos de reunión, manifestación y asociación y derecho de petición); y c) un último grupo de derechos que no pertenecen al militar y no se pueden considerar *stricto sensu* derechos fundamentales para el miembro de las FAS (derecho de sufragio pasivo, derecho de sindicación y huelga). El criterio clasificador que permite incluir los distintos derechos y libertades constitucionales en el primer o último grupo depende del grado de necesidad de limitación en el derecho para facilitar el logro de los objetivos constitucionales y en la medida en que resulten estrictamente necesarias «para el cumplimiento de la misión»⁷.

En este marco, lo que está fuera de toda duda es que la validez y nivel de implementación de los derechos y libertades constitucionales en el desarrollo de una misión internacional presenta una complejidad que, sea como sea, excede el grado de dificultad que, en general, se presenta respecto a la posibilidad de efectividad de los derechos fundamentales del militar en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa en territorio nacional. Y por otro lado, hay que reconocer también que, en buena medida, la realización de una misión en el extranjero en un buque de guerra, presupone para el personal militar embarcado no pocos problemas añadidos, que se derivan, entre otras circunstancias, del medio en el que se realiza la operación, las limitaciones propias de la vida en un barco y la lejanía a puerto; así como a resultas de las propias características de una misión en el mar y las especiales precauciones de seguridad a bordo, sobre todo en caso de ataque o abordaje.

2. EL FUNDAMENTO BÁSICO DEL ORDEN MILITAR: LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

El artículo 10.1 de la Constitución establece la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento

públicas del militar», en *Revista de Administración Pública*, CEPC, n.º 103, Madrid, 1984, pp. 53 y 54.

⁷ STC, 21/1981, de 15 de junio, FJ.º 15.

del orden político y la paz social. Este precepto, en el plano jurídico se concreta en una obligación del Estado constitucional de satisfacer necesidades humanas, principalmente garantizando los derechos fundamentales, la libertad, la igualdad, la integridad personal a todos los niveles y posibilitar la optimización de todas las potencialidades del individuo tanto en lo personal, como en su faceta relacional⁸. El Tribunal Constitucional ha constatado que el principio de dignidad identifica el «fundamento jurídico del ordenamiento jurídico entero»⁹ y la base de toda la estructura constitucional¹⁰. Este significado se hace extensivo, por tanto, al orden militar, teniendo eficacia jurídica directa. En el marco de la titularidad de los derechos fundamentales del miembro de las FAS produce efectos especialmente en dos vertientes: por un lado, supone un mandato positivo al poder público para que éste implemente al máximo grado posible los derechos individuales de los militares tanto a nivel de unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa en territorio nacional como a nivel de destino en el extranjero; por otro lado, el concepto de dignidad se articula expresamente como derecho directamente invocable.

En primer lugar, puede decirse que el reconocimiento de la regla del artículo 10.1 –como mandato al poder público– presupone un mínimo básico de garantía de los derechos del militar, al compeler que toda decisión normativa que implique una limitación en los derechos y libertades del personal de las FAS no llegue al extremo de afectar la estima que, en cuanto persona, también merece el militar¹¹. La realización de esta exigencia no sólo es una obligación del legislador en su labor de normación del estatuto jurídico del personal militar, sino también del Ministerio de Defensa. En este sentido, destaca la obligación de la Subsecretaría de Defensa y de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire de inspección y evaluación del régimen de personal de las FAS, así como de las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos (artículos 11 y 12.1.j de

⁸ OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 151.

⁹ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ.^º 19.

¹⁰ Véase, entre otras, SSTC, 53/1985, de 11 de abril, FJ.^º 8 y 3; 170/1994, de 7 de junio, FJ.^º 4; 215/1994, de 14 de julio, FJ.^º 5; 102/1995, de 26 de junio, FJ.^º 7; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ.^º 4.

¹¹ El Tribunal Constitucional ha precisado el efecto jurídico de la noción de dignidad en nuestro ordenamiento al subrayar que la proyección sobre los derechos y libertades constitucionales de la regla del artículo 10.1 implica que «en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ.^º 4).

la Ley 39/2007)¹². Lo que se ha traducido en el ámbito de la Armada, por ejemplo, en el desarrollo del programa CAVIMAR (Plan de calidad de vida en la mar) por la Secretaría de Estado de la Defensa (SEDEF) a efectos de perfeccionar la habitabilidad y adquirir unas condiciones de vida más dignas a bordo¹³. En efecto, la construcción y modernización de buques de guerra está determinada actualmente por un haz de objetivos a efectos de dulcificar en lo posible los rigores de la vida en la mar: por un lado, se han espaciado las camaretas de pernocta de la dotación y zonas de ocio comunes (salas de estar, bibliotecas y gimnasios); por otro, se han mejorado los espacios de atención médica (salas de consulta, hospitalización y Equipo Médico Soporte Vital Avanzado). Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, esto significa progresar en la implementación del derecho a la integridad, el derecho a la seguridad, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la educación; desde el punto de vista de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I de la Constitución), supone, por un lado, mayor acceso del marinero al derecho a la salud, a la educación física, el deporte, el ocio y la cultura, y por otro, del derecho a una vivienda digna¹⁴.

En segundo lugar, respecto a la realización práctica de la noción de dignidad de la persona en el orden militar, no admite duda alguna que se trata de un derecho absoluto¹⁵. Importa, sin embargo, recalcar que, al producirse su definición como mínimo invulnerable¹⁶, lo que hace es constituirse a la vez en mandato de no afeción y derecho frente a terceros. El Gral. de Div. J. A. Chicharro Ortega expuso con rotundidad este carácter con la aprobación del Decálogo del Infante de Marina, donde en su mandamiento 5º afirma: «Ajustaré mi conducta al respeto de la persona y su dignidad y derechos serán valores que guardaré y exigiré». En similares términos se expresan la Ley 39/2007, las Reales Ordenanzas de las FAS y la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las FAS¹⁷. No hace al caso recordar que esta regla

¹² Véanse también los artículos 2.9.ñ, 7.1.j y 7.9 del Real Decreto 1126/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

¹³ Sobre ello, EXPÓSITO, J. L., «Calidad de vida en la mar», *Revista Española de Defensa*, n.º 214, Madrid, 2005, pp. 38-41.

¹⁴ Las Fragatas de la serie F-80, Victoria y Numancia, el buque escuela Juan Sebastián Elcano o los buques hidrográficos Tofiño y Malaspina, por ejemplo, son algunos de los barcos que se han adaptado a las nuevas líneas de la Armada en este sentido. También los nuevos barcos, como el Buque de proyección estratégica (BPE) Juan Carlos I son construidos directamente bajo los parámetros del Programa CAVIMAR.

¹⁵ OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona...*, cit., pp. 302 y ss.

¹⁶ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ.º 4.

¹⁷ Estos textos establecen que el militar «ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos» (artículos 4.1.5, 11 y 6.1.5, respectivamente).

exige del militar, en todo momento, también, obviamente, en situación de misión internacional, una actitud –de acuerdo al Derecho interno y al Derecho Internacional de los Conflictos Armados– de respeto a la dignidad de los prisioneros y de la población civil. Lo que importa reseñar ahora es que, en relación a los derechos fundamentales del militar, presupone dos formas paralelas de proyección del artículo 10.1. Por un lado, que el militar –de manera parecida a como, por ejemplo, hace la *Soldatengesetz* alemana¹⁸— puede, como ha puesto de relieve Krüger¹⁹, considerar «oficialmente inexistente y sin obligatoriedad» toda orden que lesione la dignidad humana²⁰. Y, por otro lado, que el personal militar de las FAS tiene derecho a ser tratado de acuerdo a su dignidad de persona, tanto en el ámbito militar como en el ámbito civil²¹. Lo que se traduce sobre todo en el hecho de que, en el marco del servicio, todo subordinado debe ser tratado por sus superiores de forma que su dignidad quede en todo momento intacta. La importancia que ha dado el Derecho militar a esta faceta de la regla del artículo 10.1 puede verse muy bien en el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por incardinarn el delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante a un inferior (artículo 106 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar) con la idea de dignidad individual. Ésta puede quedar afectada en estos casos –de acuerdo a la doctrina de la Sala de lo Militar– de modo dual: de un lado, por la realización por parte del superior de actos de humillación y degradación al subordinado²²; de otro, por el simple trato del militar menor en rango como «mero objeto de la apetencia y capricho de un superior»²³. Los comentarios obscenos, las insinuaciones o gestos procaces²⁴ y la, por poner un caso, acción de un Sargento dando un beso en la boca no consentido a una marinero a bordo de un buque se consideran así –aún cuando no medie violencia física– lesiones a la dignidad personal²⁵. Ahora bien, tal

¹⁸ Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten, de 19 de marzo de 1956. Redacción acorde a las precisiones de 30 de mayo de 2005 y 14 de agosto de 2006, BGBl I S. 1897. En este sentido, el § 11. 1 de esta ley dice lo siguiente: «El soldado tiene que obedecer a sus superiores. Tiene que ejecutar sus mandatos con la mayor eficiencia, de forma minuciosa e inmediatamente. No hay caso de desobediencia cuando no se cumpla una orden que lesione la dignidad humana o se ha impartido con fines ajenos al servicio».

¹⁹ KRÜGER, H., *Allgemeine Staatslehre*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1966, p. 339.

²⁰ En similar sentido, véase el artículo 48 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FAS, que establece que «si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas».

²¹ GONZALEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 144.

²² SSTS, Sala 5^a, de 25 de noviembre de 1998, de 25 de noviembre de 1998, de 1 de diciembre de 2006.

²³ SSTS, Sala 5^a, de 2 de octubre de 2001 y de 3 de noviembre de 2008.

²⁴ STS, Sala 5^a, de 28 de marzo de 2003.

²⁵ SSTS, Sala 5^a, de 2 de octubre de 2001, de 1 de diciembre de 2006.

límite en principio absoluto puede quedar a veces sometido a ciertos parámetros variables que se consideran normales dentro de las FAS y son aceptados con base en la especialidad del orden militar y en razón a las normas de cortesía en el Ejército. En este sentido, no se entiende que afecte a la dignidad de la persona situaciones típicas como, por ejemplo, el saludo militar respecto a los superiores de mayor grado, el rapado del pelo o la exigencia a las mujeres de llevarlo recogido²⁶ o la obligación, por parte de los militares encuadrados en unidades de Infantería de Marina, de realizar un duro entrenamiento físico²⁷.

3. DERECHOS QUE CORRESPONDEN AL MISMO NIVEL A MILITARES Y CIVILES

3.1. Derecho a la vida y a la integridad física y moral

El artículo 15 de la Constitución formula el derecho de «todos», a igual nivel, a la vida y a la integridad física y moral, prohibiendo, además, la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. De conformidad con ello, cabe decir que una de las obligaciones más importantes del Estado es asegurar la existencia humana, pues el hombre «es esencialmente un ser vivo»²⁸. En este sentido, el reconocimiento de este derecho presupone inmediatamente un haz de garantías del militar. Tómese como principal ejemplo la prohibición de la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra²⁹ (Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra)³⁰. Pero el marco de las FAS ofrece otros aspectos bajo los cuales podemos valorar su efectividad. Podemos pensar en el Código Penal Militar, que tipifica como ilícito penal la realización de tratos degradantes por parte de un superior a un inferior³¹, el hosti-

²⁶ Así, STARCK, C., «La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán», en FERNÁNDEZ SEGADÓ, F., (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 284. Traducción de Alberto Oehling de los Reyes.

²⁷ STS, Sala 5^a, de 4 de febrero de 2005.

²⁸ BOSSHARD, S. N. / HÖVER, G. / SCHULTE, R. / WALDENFELS, H., «Menschenwürde und Lebensschutz: Theologische Aspekte», en RAGER, G. (edit.) *Beginn, Personalität und Würde des Menschen*, Studienausgabe, Verlag Karl Alber, Freiburg-München, 1998, p. 248.

²⁹ El Código Penal Militar, en su redacción original (BOE n.º 256, de 11 de diciembre de 1985), reconocía la posibilidad de imponer la pena de muerte para los militares en caso, por ejemplo, de traición, rebelión militar, sabotaje, crímenes de guerra, sublevación, sedición militar, insubordinación o cobardía.

³⁰ Si bien el legislador, como ha apuntado Nevado-Batalla, «es libre para poder reinstaurarla en cualquier momento con plena legitimidad». NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 87.

³¹ Empero, en el ámbito militar, no todo castigo presupone la realización del ilícito punible del artículo 104 del Código Penal Militar. La doctrina del Tribunal Supremo establece que, para la realización de este tipo penal, el maltrato de obra al inferior debe consistir en

gamiento psicológico³² o sexual (*mobbing*)³³ y también el maltrato de obra al superior (artículos 98-106 y 138 del Código Penal Militar)³⁴. Piénsese igualmente, en el marco de los buques de la Armada, en las precauciones de seguridad en los pañoles y polvorines de los buques, así como en las normas de estiba y manejo de municiones a bordo³⁵. Podemos recordar también los planes de seguridad interior, destinados a «prevenir, minorar y corregir los efectos que, sobre un buque o su dotación, puedan derivarse de accidentes o de la acción del enemigo»³⁶, y que se han visto completados con las previsiones de la normativa de prevención de riesgos laborales³⁷. Y finalmente, piénsese en las reglas de higiene a bordo, que exponen «recomendaciones higiénico-laborales para el personal de los buques y medidas de protección y profilaxis para, por un lado, evitar la aparición de enfermedades entre los miembros de la dotación»³⁸ y, por otro, en caso de realización de misiones en el extranjero, «prevenir incluso que las infecciones se extiendan de un país a otro»³⁹.

Empero, la progresión de formas de garantía del derecho a la vida y a la seguridad personal se debe articular también por el poder público. La defensa del Estado –*ratio essendi* del Ejército, dice Fernández Rodera⁴⁰– o la contribución del país en misiones de paz y ayuda humanitaria (artículo 93 del Real Decreto

«una agresión física o varias susceptibles de causar perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma» (STS, Sala 5^a, de 3 de marzo de 2008). Así, actos como «golpear con la mano abierta en el brazo de un soldado, pero sin ninguna intensidad» o, incluso, actos típicos del entrenamiento en unidades operativas, como la simulación durante períodos de maniobras –siempre y cuando se realice sin infligir a los participantes ultrajes físicos ni sean golpeados y se realicen dentro de las previsiones del STANAG 2074 y las instrucciones del MADOC– de ejercicios de «trato de prisioneros», se consideran aceptables. Sobre ello, véase la STS de 3 de noviembre de 2008.

³² SSTS, Sala 5^a, de 17 de enero de 2006 (voto particular de los magistrados Ángel Juanez Peces y José Luis Calvo Cabello) y de 27 de mayo de 2010.

³³ SSTS, Sala 5^a, de 28 de marzo de 2003, de 5 de diciembre de 2007.

³⁴ Este tipo penal protege, asimismo, la indemnidad física, pero también la dignidad e integridad moral del militar ofendido por el sujeto activo. SSTS, Sala 5^a, de 2 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, de 13 de febrero de 2006 y de 1 de abril de 2009.

³⁵ Reglamento de pólvoras, explosivos y municiones para buques, fuerzas y dependencias, aprobado por O.M.C delegada n.º 441/60 de 5 de noviembre de 1981 (Actualización de octubre de 2002).

³⁶ *Manual de seguridad interior*, Vol. I, Centro de Instrucción de Seguridad Interior, Ferrol, 1995, p. I.1.

³⁷ Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.

³⁸ *Manual de higiene y seguridad a bordo de la Armada*, Edición de 1999, p. 77.

³⁹ LAMOUREUX, V. B., *Higiene y sanidad a bordo*, Editorial Naval, Madrid, 1986, p. 11.

⁴⁰ FERNÁNDEZ RODERA, J. A., «Límite al ejercicio de derechos cívicos en el ámbito castrense», en *Revista General de Marina*, Vol. 204, Junio 1983, p. 894.

96/2009) puede requerir que algunos de sus ciudadanos estén dispuestos a arriesgar incluso sus vidas «en defensa de la libertad y la dignidad de la persona de los demás»⁴¹, pero, de conformidad con ello, en el ámbito de las funciones particulares de las FAS –sobre todo en caso de misiones peligrosas en el extranjero– se requieren medidas positivas adicionales para la protección de la vida y seguridad del personal militar. En este sentido, no sólo la realización frecuente de instrucción y cursos de adiestramiento especiales, sino sobre todo la posibilidad de trabajar con el mejor y más moderno material se convierte en una exigencia para la plena implementación del derecho a la vida del militar en la realización de sus funciones. Por ejemplo, el equipamiento de medios tecnológicos (soldado digital) para el infante de marina y de equipo completo NBQ para toda la dotación, la renovación de vehículos blindados más seguros, la adquisición de helicópteros que puedan aterrizar con seguridad en los buques de la Armada, así como la modernización de la flota de submarinos para evitar accidentes⁴², se sitúan así en obligaciones ineludibles del Ejecutivo⁴³.

3.2. Derecho a la libertad religiosa

La libertad religiosa, reconocida en el artículo 16.1 y 2 de la Constitución, también de conformidad con el artículo 9 de la Ley 9/2011, de 7 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS⁴⁴, es una garantía individual de titularidad de todo militar y despliega sus efectos jurídicos respecto a los poderes públicos y frente a terceros, incluyendo la posibilidad del miembro de las FAS de profesar cualquier tipo de idea (también de tipo político)⁴⁵ y

⁴¹ STARCK, C. «La dignidad del hombre como garantía...», cit., p. 285.

⁴² Recuérdese el caso del accidente del submarino S-74 Tramontana, durante unas pruebas rutinarias a 300 m de profundidad. Sobre ello, véase la explicación del Ejecutivo en BOCG n.º 209, de 27 de mayo de 2009, p. 247.

⁴³ Todas estas disposiciones y previsiones definen formas específicas de implementación del derecho fundamental a la vida y a la integridad del militar. En el ámbito objeto de estudio, se desprenden de ellas determinadas garantías directas e indirectas. En este sentido, de forma sucinta, la protección de la regla del artículo 15 de la Constitución en un buque de guerra en operación internacional, principalmente, significa: garantía de realización de la misión en un buque y con equipamiento óptimo adaptado a las circunstancias tácticas y a los objetivos de la misión; derecho a un entrenamiento acorde a la función a realizar durante el despliegue; disposición de un máximo de condiciones higiénicas y salubres y habilitación de zonas de asistencia médica a bordo; derecho a no ser objeto de «misiones suicidas» (artículo 57 del Decreto 96/2009); derecho a «maniobra de hombre al agua», para caso de caída por la borda; derecho a material de supervivencia (balsas homologadas con todo su equipamiento, chalecos salvavidas en buen estado, etc.), para caso de naufragio.

⁴⁴ La Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las FAS, reconocía, asimismo, que «todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad».

⁴⁵ GUAITA, A., «Los derechos fundamentales de los militares», en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 2576.

cualquier fe religiosa⁴⁶. Empero, a estos derechos de titularidad individual – de no intromisión– respecto al Estado progresivamente se le han sumado, como su reflejo objetivo, las correspondientes obligaciones de implementación por parte del poder público. El reconocimiento del principio de aconfesionalidad del Estado (artículo 16.3 de la Constitución) y la adscripción cada vez mayor al Ejército de personas que no profesaban ninguna religión o que proseguían otras religiones que la católica ha conducido no sólo a la normación del ejercicio de asistencia religiosa de los militares en unidades centros y organismos del Ministerio de Defensa⁴⁷, sino además a añadir nuevos derechos derivados de estas libertades (como, por ejemplo, el derecho a participar o no en actos religiosos de tipo institucional de las FAS⁴⁸, el derecho a recibir asistencia religiosa de otras confesiones y a participar en actividades y ritos propios de su fe⁴⁹, y, en caso de actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres, derecho a oficio religioso acorde a la confesión propia⁵⁰). La efectividad, sin embargo, de estas garantías encierra mayores complejidades en situación de embarque en buque a muchas millas de puerto. Tómese como ejemplo, la posibilidad de asistir a un acto religioso en una Mezquita o en una Sinagoga⁵¹ o la realización del mes de ayuno (Ramadán) por los adeptos.

⁴⁶ La delimitación no hace referencia en sí a la virtualidad del derecho a la libertad de pensamiento o de profesión personal de una fe, sino que, más bien, significa una limitación a la exteriorización, más en conexión con la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de la Constitución. En similar sentido, FRESNO LINERA, M. A., «Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares», en *Boletín de información del Ministerio de Defensa*, n.º 278, año 2003, p. 74.

⁴⁷ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (artículo 2.3); Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el servicio de asistencia religiosa, en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento; Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (Disposición adicional 8^a).

⁴⁸ Rige el principio de voluntariedad en la asistencia (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ.º 4). Sobre ello, in extenso, HERBÓN COSTAS, J. J., «Libertad ideológica y religiosa en las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho militar*, n.º 82, julio-diciembre 2003, pp. 243-246; JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho militar*, n.º 77, enero-junio 2001, pp. 457 y 458.

⁴⁹ La asistencia religiosa en las FAS de otras comunidades religiosas se rige, particularmente, por la siguiente normativa: Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Armada (artículos 432-442); Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (artículo 8); Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades israelitas en España (artículo 8); Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (artículos 8 y 12).

⁵⁰ Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Hombres Militares (Disposición adicional 4^a).

⁵¹ Sobre ello, véase, por ejemplo, BABÉ NÚÑEZ, L., «Asistencia religiosa», *Anales de Derecho*, n.º 14, Universidad de Murcia, 1996, pp. 39-52.

tos a la confesión musulmana. En estas circunstancias, la posibilidad de poder hacer efectivos estos extremos, no ofrece otra alternativa que la de solicitar autorización al Jefe al mando, que –dependiendo de las necesidades del servicio– facilite los lugares y medios adecuados para su efectividad y, en su caso, autorice la salida o desembarco para que los miembros de la dotación interesados puedan visitar una Sinagoga, Mezquita u Oratorio.

3.3. Derecho al honor

El derecho al honor se concreta –como es bien sabido– como un límite a la libertad de expresión, comunicación e información. Desde luego la garantía asegura también al militar que se encuentra fuera de territorio nacional. Por lo demás, la eficacia en el orden militar del derecho al honor obtiene a través del artículo 90 de la Ley Orgánica 13/1985 de Código Penal Militar, que sanciona las expresiones o acciones contra el honor de una persona física o contra la dignidad de los Ejércitos⁵², la efectividad necesaria⁵³.

3.4. Derecho de sufragio activo

Las pautas para hacer efectivo el derecho al voto se encuentran reguladas junto al artículo 23.1 de la Constitución y el artículo 74 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, también en la Orden Ministerial 116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las FAS embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional⁵⁴. De acuerdo con esta disposición, el personal embarcado en buques de la Marina o que, perteneciendo a unidades terrestres o aéreas se encuentre destacado fuera del territorio nacional, puede ejercer su derecho al voto a distancia por correo. En efecto, los electores pueden emitir su voto previa solicitud al Comandante del buque o el Jefe de la Unidad, quien –en enlace con el Director General de Personal del Ministerio de Defensa– tramitará las solicitudes vía Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral correspondiente. El procedimiento prosigue con el envío por el Comandante del buque de las solicitudes de certificación censal y demás documentación electoral por “radiotelegrafía” o por medio del “avión-estafeta”»⁵⁵. Y

⁵² STS, Sala 5^a, de 5 de mayo de 1994.

⁵³ Acerca de esto un ejemplo concreto: un marinero de 2^a fue acusado de un delito de injurias al Ejército porque, estando de servicio en la Base Naval de Rota, escribió en el cuadrante de reparto de turnos de guardia frases y dibujos despectivos contra los Mandos, la Ayudantía mayor, el AJEMA, el Almirante y la oficialidad en general. Fue condenado por primera vez por el Tribunal Militar Territorial 2º en 1993. El Tribunal declaró probado que el autor era responsable de un delito consumado de injurias a los Ejércitos realizado con publicidad. El Tribunal Supremo, tras el recurso de casación, ratificó la resolución del Tribunal Territorial, en tanto las afirmaciones injuriosas estaban individualizadas «ad personam» (STC 214/1991), en las personas del AJEMA, el Almirante y la institución militar, y se probaba el «animus injuriandi» del autor (STS, Sala 5^a, de 5 de mayo de 1994).

una vez llega la documentación (papeletas, sobres electorales, resguardo censal y folleto explicativo) de la Oficina del Censo Electoral –en los términos de los artículos 73.2 de la Ley Orgánica 5/1985 y 5 de la Orden 116/1999– los miembros de la tripulación pueden proceder al voto. Después quedan los sufragios emitidos a cargo del Comandante del barco que los custodiará hasta que sean recogidos por el encargado de su transporte a territorio nacional.

4. DERECHOS QUE ADMITEN PERFILACIÓN PARCIAL

4.1. Derecho a la igualdad⁵⁶

Junto al reconocimiento de la noción de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, establecido en el artículo 1.1 del texto constitucional, el artículo 14 establece la regla de prohibición de discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. La aplicabilidad inmediata de la garantía de igualdad tiene un elevado efecto de protección que en el orden militar se asegura, sobre todo, en cuatro vías. En primer lugar, a través del reconocimiento de la igualdad de toda persona ante la ley penal militar (artículo 3 del Código Penal Militar). En segundo lugar, la garantía de igualdad incluye su eficacia directa como derecho fundamental subjetivo, que presupone el derecho del militar a un trato igual (en circunstancias iguales), prohibiendo toda diferencia de trato que no tenga por base motivos objetivos y razonables⁵⁷. Esta faceta del derecho a la igualdad representa el núcleo básico de la garantía y asegura al militar, antes que nada, un trato igual por los Mandos y por la Administración militar. En este sentido se preserva la igualdad en el régimen de ascensos y honores, pero también en el régimen económico (por ejemplo, en el caso de operaciones y navegaciones en el extranjero, derecho a igualdad –dependiendo del empleo y puesto– de emolumentos que retribuyan las especiales condiciones que concurren en estas actividades⁵⁸). En tercer lugar, el ordenamiento toma distintas precauciones contra una lesión fáctica del principio de

⁵⁴ BOE n.º 106, de 4 de mayo de 1999.

⁵⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, L. A., «El ejercicio del derecho de sufragio por los militares españoles en el extranjero. Examen crítico del procedimiento especial de votación previsto en la Orden 116/1999», en *Revista de Derecho Político*, n.º 70, CEPC, Madrid, 2007, p. 149. Esta importante investigación también se puede encontrar en *Revista Española de Derecho militar*, n.º 90, julio-diciembre 2007, pp. 17-55.

⁵⁶ Respecto al derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 1.1 y 14 de la Constitución), la titularidad del derecho por parte de los militares difiere poco respecto de los ciudadanos civiles. Importa, no obstante, señalar que, en la praxis, al producirse una restricción de ciertos algunos derechos fundamentales presupone una diferenciación material derivada de la especialidad. Compárese a este respecto, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, CEPC, Madrid, 2002, p. 470.

⁵⁷ STC 49/1982, de 14 de julio, FJ.º 2; STEDH Caso James y otros v. Reino Unido, de 21 de febrero de 1986.

⁵⁸ Artículo 19 del Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas.

igualdad en cuanto derecho fundamental: por un lado, según el artículo 12 del Real Decreto 96/2009, se estandariza el deber de todo el personal de las FAS de abstenerse de realizar diferenciaciones arbitrarias; por otro, el artículo 542 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal sanciona la acción –por parte funcionario militar– constituida por la lesión «directa y consciente» de derechos fundamentales⁵⁹, figurando sin duda entre ellos el derecho a la igualdad que garantiza el artículo 14 del texto constitucional. Por último, el principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades, por derivación del artículo 9.2 de la Constitución, se aplica en las FAS también de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (artículo 6 de la Ley 39/2007, de la carrera militar)⁶⁰.

4.2. Derecho a la intimidad

El sentido del derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución y artículo 10 de la Ley Orgánica 9/2011) se extiende a toda la faceta más reservada de la persona⁶¹, a saber, al espacio que el sujeto desea mantener oculto de los demás por pertenecer a la esfera más privada⁶². El derecho a la intimidad se traduce en una serie de garantías concretas: deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan por razón de su cargo datos sobre sus subordinados⁶³, derecho a la intimidad corporal y derecho a la intimidad familiar. Sin embargo, en el ámbito objeto de estudio destaca, en cuanto sistema de protección elemental de la intimidad personal, el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la norma constitucional. En sentido estricto, se puede considerar domicilio el camarote (individual) del barco donde el Comandante, alguno de los Oficiales o la única mujer de a bordo desarrollan su privacidad⁶⁴. Desde esta perspectiva ciertamente tiene razón Franco García cuando está en contra de la aceptación como domicilio –desde un punto de vista constitucional– de los camarotes, soldados o alojamientos en buques que comparten obligatoriamente dos o más marineros, más aún cuando se trata de submarinos «en los que el reducido espacio, impone el uso común de prácticamente todos los compartimentos»⁶⁵.

⁵⁹ STS, Sala 5^a, de 23 de junio de 2005.

⁶⁰ Sobre ello, ALLI TURRILLAS, J. C., «La evolución normativa en la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas», en GÓMEZ ESCARDA, M. y SEPÚLVEDA MUÑOZ, I. (edit.), *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, IUGGM-UNED, Madrid, 2009, pp. 67-93.

⁶¹ STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ.º 3.

⁶² STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ.º 5.

⁶³ STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ.º 7.

⁶⁴ SSTS de 9 de octubre de 1998, de 28 de febrero de 2003 y 26 de febrero de 2006.

⁶⁵ FRANCO GARCÍA, M. A., «Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas; cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional», *Estudios de Derecho militar 2008*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2008, p. 54.

A este respecto es discutible si esta protección se extiende a la taquilla de camarotes, despachos o zonas compartidas. En lo que hace al primer caso (camarotes unipersonales del buque), el derecho a la intimidad exige indudablemente la cobertura de las garantías anejas del artículo 18.3 de la Constitución (sólo cabe entrada y registro con consentimiento del titular, resolución judicial o en caso de delito flagrante). Para el segundo caso, teniendo en cuenta que las taquillas asignadas a los miembros de la dotación en zonas comunes no son consideradas domicilio⁶⁶, cabe su registro con presencia del interesado en pro de la seguridad militar y marinera del buque (artículo 10.2 de la Ley Orgánica 9/2011). No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo en este tema no se ha decidido totalmente en este punto, sino que se atiene a la situación del caso concreto. Acerca de esto un ejemplo práctico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: en un patrullero de la Armada dos Cabos primeros de la dotación habían introducido presuntamente varios kilos de hachís a bordo. Los Cabos primeros fueron detenidos en Ceuta, tras el pertinente registro y localización del alijo, por miembros de la Guardia Civil. Después de zarpar y llegados a la Estación Naval de Puntales (Cádiz), se procedió a un segundo registro en el buque por la Policía Naval sin presencia de los interesados ni autorización judicial. Ante esta circunstancia, el Tribunal ratificó la decisión del Juez de primera instancia y prescindió del material probatorio provenido del segundo registro⁶⁷.

4.3. Libertad ambulatoria

La libertad ambulatoria (artículo 19 de la Constitución) está limitada en el ámbito militar por razones de disponibilidad (artículo 22 de la Ley Orgánica 9/2011). La prioridad del servicio se asegura a través de dos instrumentos: por un lado, a través de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sanciona la falta de puntualidad y las ausencias injustificadas (artículos 7.9/10 y 8.27/28); por otro lado, por el Código Penal Militar, que califica como ilícito penal el abandono de destino o residencia (artículos 119 y 120). En el caso del personal militar a bordo de buque en alta mar la restricción de la libertad de ambulatoria es aún mayor, reduciéndose sus posibilidades de movimiento al perímetro del barco, debiendo, además, respetar los lugares reservados a los superiores aunque éstos no estén presentes⁶⁸. También la alternativa de salir franco de paseo, localidad o ría, para ir a tierra, cuando no se encuentre el marinero de servicio a bordo, es limitada, en la medida que las

⁶⁶ SSTS de 9 de junio de 2000 y 5 de julio de 2002.

⁶⁷ STS, Sala 5^a, de 17 de febrero de 2000.

⁶⁸ *Cultura y arte naval*, Vol. III, Escuela Naval Militar, Pontevedra, 2001, p. 312-3.

condiciones de seguridad o realización de la misión⁶⁹, deber de presencia⁷⁰ y las necesidades del servicio lo permitan⁷¹.

4.4. Libertad de expresión

Las restricciones a la libertad de expresión (artículo 20.1 de la Constitución), en un plano general, se concretan –como es sabido– por el propio artículo 20.4 de la norma constitucional, por el que se establecen como límites a este derecho, principalmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Empero, la limitación al ejercicio de este derecho por parte del militar implica dos previsiones más: deber de autorización previa respecto a manifestaciones que puedan perjudicar la seguridad nacional y deber de sigilo de aquellos que, por razón de su cargo o destino, tengan datos sobre las FAS (artículos 12 de la Ley Orgánica 9/2011 y 33 del Real Decreto 96/2009). El fundamento de esta limitación adicional se prueba, según la doctrina del Tribunal Constitucional, en orden a la necesaria disciplina y sujeción jerárquica y al principio de unidad interna que excluye la posibilidad de manifestar opiniones (deber de neutralidad política)⁷² que puedan introducir disensiones dentro de las FAS⁷³ o –como también dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– «minar la disciplina militar»⁷⁴. Ahora bien, como apunta el Alto Tribunal en su sentencia de 17 de octubre de 1994⁷⁵, «la limitación de la libertad de expresión de los militares no puede conducir hasta una exclusión total de la libertad de crítica, por ejemplo, hacia los superiores jerárquicos, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución»⁷⁶. Si el militar realiza declaraciones con respeto, con la «mesura necesaria» y dentro del «deber de discreción sobre todos los asuntos del servicio»⁷⁷, entonces, su conducta, resulta en principio inane.

⁶⁹ Artículo 239 del Real Decreto 1024/1984 por el que se aprueban las Reales Ordinanzas de la Armada.

⁷⁰ El artículo 123 del Código Penal Militar prescribe que el militar «que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión de uno a seis años».

⁷¹ Artículo 154 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas.

⁷² En detalle, JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Derechos y deberes del militar profesional...», cit., pp. 461-464.

⁷³ Por todas, véase STC 102/2001, de 23 de abril, FJ.º 3.

⁷⁴ STEDH Caso Engel y otros. v. Países Bajos, de 8 de junio de 1976.

⁷⁵ STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ.º 4.

⁷⁶ «No se puede –dice también el Tribunal Supremo– reducir a los miembros de las Fuerzas Armadas al puro y simple silencio». SSTS de 19 de abril de 1993 y de 20 de diciembre de 2005.

⁷⁷ ALLI TURRILLAS, J. C., *La profesión militar*, INAP, Madrid, 2000, p. 276.

También ahora un ejemplo: Hoy se sabe que, en las costas de Somalia, durante la captura del portacontenedores alemán Hansa Stavanger, los piratas supieron a través de la BBC, que la operación de asalto que tenía planificada la fuerza de operaciones especiales GSG 9 había sido suspendida. Los piratas, en este caso, trasladaron a los marineros del barco secuestrado a tierra para presionar al Ejecutivo alemán⁷⁸. De esto se deduce que la delimitación del derecho a la libertad de expresión de los miembros de las FAS parece aún más apropiada si cabe en este tipo de operaciones en el exterior, como la «Operación Atalanta» en el Golfo de Adén y en el Índico. Actualmente, a través de las técnicas de comunicación (telefonía móvil, SMS, Internet) una información trasmisita por un miembro de la tripulación a un familiar filtrada a los medios puede conocerse a través de la red en cualquier parte del mundo en pocos minutos y dificultar la misión e incluso arriesgar la seguridad de la dotación. En estos casos, la observancia de la regla del artículo 33 del Real Decreto 96/2009, y su sanción en estos extremos por los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario y por el artículo 56 del Código Penal Militar, es un imperativo ineludible para evitar que las comunicaciones telefónicas pueden ser utilizadas o interceptadas por piratas o terroristas y dificultar la negociación⁷⁹.

4.5. Derechos de reunión, manifestación y asociación

La libertad de reunión y manifestación colectiva aparecen como derechos intermedios entre el derecho a la libertad de expresión y de asociación⁸⁰. De conformidad con el artículo 21 de la Constitución, la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión y el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/2011 determinan la posibilidad de asistencia del personal de las FAS en reuniones y manifestaciones públicas. En este sentido, como indica Buiza, el militar español está sometido a un doble estatuto jurídico en referencia al derecho de reunión y manifestación. Por un lado, en su condición de civil, sin uniforme y sin hacer uso de su grado militar, puede ejercer este derecho de forma pasiva sin más limitaciones que las comunes de todos los ciudadanos⁸¹. Por otro, en su condición de militar, la Ley 9/2011 reconoce una serie de delimitaciones en relación al derecho de reunión (necesidad de instar autorización previa al Mando respectivo para caso de reuniones en unidades, buques y dependencias logísticas) y

⁷⁸ Sobre ello, *El Mundo*, edición de 26 de noviembre de 2009, p. 20.

⁷⁹ Recuérdese, por ejemplo, el extraño y no aclarado aún caso del supuesto timo de un millón de dólares a miembros del CNI para pagar el rescate de tres de los marineros del Alakrana y que se suponía que habían sido bajados a tierra. Los piratas utilizaron el móvil de uno de los pescadores para engañar a los agentes. Sobre ello, véase, *El Mundo*, edición de 25 de noviembre de 2009, p. 22.

⁸⁰ STC 196/2002, de 28 de octubre, FJ.º 4.

⁸¹ BUIZA CORTES, T., «Los militares y el derecho a la participación política», en *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, MEC, Madrid, 1985, pp. 371 y 372.

suspensión absoluta –en pro del orden en la calle y la serenidad ciudadana⁸²– en relación al derecho de manifestación⁸³. En sintonía con esto –lo mismo que en tierra–, a bordo, en puerto o durante la navegación, el personal embarcado no puede participar en reuniones clandestinas para tratar asuntos del servicio, menos aún para la realización de fines ilícitos (es decir, reuniones que se efectúen con propósito de cometer algún delito o en las que los concurrentes lleven armas, explosivos u objetos contundentes)⁸⁴. Y tampoco puede organizar una manifestación reivindicativa de ningún tipo en alguna dependencia del barco, lo que podría llegar a suponer la consideración de motín a bordo (sedición militar), al margen de la concurrencia de otras conductas penales o disciplinarias que pudieran derivarse de tales acciones⁸⁵.

El orden militar reconoce, por último, el derecho de sus miembros a asociarse, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/2011. El Tribunal Constitucional ya ha destacado, en este sentido, que los militares tienen reconocido este derecho a crear y dirigir asociaciones reivindicativas de intereses económicos o sociales, en tanto no encubran una actividad sindical o parasindical⁸⁶. Así y todo, en la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario –concretamente en los artículos 7.32 y 8.34– se sigue considerando falta leve o grave la prestación y colaboración a organizaciones políticas y sindicales por parte del militar sin solicitar el pase a la situación legalmente establecida y estar afiliado a alguna organización política o sindical. De ahí que no se pueda, de entrada, decir que toda asociación es dable en las FAS, como las de tipo profesional, y que éstas y sus representantes tengan la posibilidad de reunirse en instalaciones, buques u organismos del Ministerio de Defensa o hacer uso de tablones u otros medios de publicidad en aras de facilitar la difusión de información de interés profesional entre los asociados⁸⁷.

⁸² BLANCO ANDE, J., *Defensa nacional y Fuerzas Armadas*, Dykinson, Madrid, 1987, p. 112.

⁸³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S., «Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución española en relación con las Fuerzas Armadas», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (edit.), *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995, p. 615.

⁸⁴ Artículo 513 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

⁸⁵ Respectivamente, artículo 91-93 del Código Penal Militar y 8.33 y 34 Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

⁸⁶ «Nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierten en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del artículo 28.1 de la Constitución» (STC 219/2001, de 31 de octubre de 2001, FJ.º 9).

⁸⁷ Informe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército (General Auditor R. FORTÚN ESQUIFINO) relativo al Derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas, de fecha de 4 de agosto de 2009.

4.6. Derecho de petición

Para la efectividad de los derechos y libertades del personal de las FAS, su contenido debe compeler una posición activa del Estado: debe presuponer tanto una posibilidad de plantear propuestas para la mejora del régimen y la situación de la vida militar, cuanto un derecho a solicitar y realizar reclamaciones –desde una perspectiva subjetiva– de necesidades de los militares y mejora de sus condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos. En referencia a estas previsiones, es factible dirigirse en la unidad al oficial, suboficial mayor o cabo mayor designados al efecto a fin de solicitar la tramitación de solicitudes o quejas sobre temas de servicio (artículo 28 de la Ley Orgánica 9/2011). Asimismo, el ordenamiento ha optado por el reconocimiento del derecho de petición, derivado del artículo 29.1 del texto constitucional, para plantear –en el ámbito de sus unidades, centros u organismos– peticiones o quejas individuales por escrito y a través del conducto reglamentario en demanda de derechos e inquietudes relativas a la profesión⁸⁸, pudiendo acudir también al Defensor del Pueblo (artículo 17 de la Ley 9/2011)⁸⁹.

5. DERECHOS QUE NO PERTENECEN AL MILITAR

5.1. Derecho de sindicación

En correlación con las normas de previsión formales tratadas en el punto IV. E, el artículo 28.1 de la Constitución establece un límite material «categórico» para el militar en activo⁹⁰, que éste no puede traspasar y cuyo desarrollo queda a la total disposición del legislador: la intervención del derecho a la libertad sindical. Este precepto presupone así –junto con el derecho de huelga– una de las intervenciones más fuertes derivadas del deber de neutralidad política del personal de las FAS, pero también no siempre compartidas⁹¹. Sin embargo es comprensible

⁸⁸ En su caso, al Ministerio de Defensa (órgano competente según delegación de competencias). Véase la Orden Ministerial 666/2009, de 9 de marzo, sobre delegación de competencias para la resolución de solicitudes derivadas del ejercicio del derecho de petición.

⁸⁹ La previsión expresa de acudir hasta S.M. el Rey, contenida en la versión original del artículo 201 de la Ley 85/1978, fue derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Es extraño y poco explicable este hecho respecto a una garantía que, de alguna forma, compensaba, mínimamente, la falta y restricción de los derechos de tipo reivindicativo.

⁹⁰ GUITART RODRÍGUEZ, J. y MIRALLES SANGRO, J., «Sindicalismo militar», en *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, cit., p. 398.

⁹¹ En este sentido, BASSOLS COMA, M., «Constitución y Ordenanzas militares», en *Primeras jornadas Fuerzas Armadas-Universidad*, CESEDEN-UCM, Madrid, 1982 (Cit. por MORALES VILLANUEVA, A., «Derechos y libertades del militar profesional», *Revista de Derecho Político*, n.º 37, CEPC, Madrid, 1984, p. 105, para quien «debe proclamarse la absoluta prevalencia de la norma constitucional con carácter inmediato y operativo. De tal suerte que aquellos preceptos de las Ordenanzas militares que regulan materias relacionadas con derechos y deberes de los militares (Título V) que tenga su

ble a partir de la visión del Ejército como un ente que tiene en «la obediencia del poder civil la premisa de su actuación»⁹² y cuyo funcionamiento debe permanecer al margen de vaivenes políticos, sindicales y de grupos de presión. En este sentido, en sintonía con la norma constitucional, el artículo 1.3 de la Ley 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y los artículos 7, 13.1, 14.3 y 33.3 de la Ley Orgánica 9/2011, perfilan la prohibición del ejercicio de este derecho a los miembros del personal de las FAS. Y precisamente por esa suspensión expresa y evitar la mínima interferencia en la realización de los fines del artículo 8.1 del texto constitucional, también en caso de misión en el extranjero, la Ley 9/2011 (artículo 12.2), establece la genérica prohibición de participación en actividades políticas y sindicales además como un deber –en palabras de Nevado-Batalla– que exige una «postura activa»⁹³, al menos en los buques y recintos militares, de no tolerar ningún ejercicio de proselitismo ni de divulgación de programas concretos de partidos, grupos políticos o sindicales.

5.2. Derecho de huelga

En íntima relación con el derecho de libertad sindical encontramos el derecho a la huelga⁹⁴. El artículo 17.2 de la Ley Orgánica 9/2011 dispone que los militares no podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga⁹⁵. Entendemos que otro tipo de medidas lícitas de exteriorización de conflicto colectivo en el marco laboral, como, por ejemplo, la utilización de piquetes informativos o la ocupación pacífica del centro de trabajo o cualquiera de sus dependencias (en este caso, unidades, centros o acuartelamientos del Ministerio de Defensa) están también prohibidas en el ámbito de las FAS. La razón de la prohibición en el Ejército se hace más evidente en el caso de un buque de la Armada en comisión de navegación, donde la mayoría de las personas que forman la dotación tienen puestos de relevancia en orden a la seguridad del buque, y un mínimo periodo de inactividad –como se sucede en caso de huelga– puede suponer riesgos incluso para la tripulación o causar daños o averías en el buque.

correspondiente tratamiento en el Título I de la Constitución deberán interpretarse y aplicarse, exclusivamente en función de los preceptos constitucionales sin que dichas Ordenanzas puedan erigirse en limitaciones especiales, ni en preceptos obstaculativos de aplicación inmediata de unos derechos constitucionales con el pretexto de que las propias Ordenanzas los regularán en virtud de una norma de futuro desarrollo».

⁹² OEHLING RUIZ, H., *La función política del Ejército*, IEP, Madrid, 1967, p. 90.

⁹³ NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., *La función pública militar*, cit., pp. 115 y 116.

⁹⁴ LAGUNA SANQUIRICO, F., «El militar, ciudadano de uniforme (derechos y deberes del soldado)», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 56, CEPC, Madrid, 1987, p. 130.

⁹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 64, CEPC, Madrid, 1989, p. 111.

La regla de oro en la Constitución polaca de 1997 y su influencia social y económica

Rubén Darío Torres Kumbrían

Profesor Contratado Doctor de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

y

Juan de Dios Izquierdo Collado

Profesor Titular de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 20.02.2012

Aceptado: 02.03.2012

Resumen: Polonia implantó la regla de oro en su Constitución de 1997. La transición política y económica polaca, el cumplimiento de los Criterios de Copenhague de 1993 y la adhesión de Polonia a la Unión Europea constituyen los antecedentes previos que crearon las condiciones objetivas para la implantación de la regla de oro en la constitución. El Capítulo X denominado Finanzas Públicas establece un control efectivo de la elaboración y ejecución de presupuestos estatales equilibrados. Los mecanismos presupuestarios están garantizados por el Parlamento, el Consejo de Política Monetaria, el Tribunal de Cuentas y otros actores institucionales. Otras claves fundamentales es el establecimiento de garantías frente a contingencias de bloqueo legislativo, de resoluciones y de reformas constitucionales, de incremento del déficit público y de la deuda soberana. La regla de oro junto a otros factores, han logrado que Polonia sea inmune en un grado considerable a la crisis financiera. El país goza de un crecimiento económico, es atractivo para los inversores, corrige los desequilibrios y prosigue su proceso de cohesión económica, social y territorial.

Palabras Clave: Regla de Oro, Constitución de 1997, Unión Europea, presupuestos estatales equilibrados, Capítulo X, garantías, Parlamento, Consejo de Política Monetaria, Tribunal de Cuentas, inmune a la crisis financiera, proceso de cohesión, económica, social y territorial.

Summary: Poland introduced the golden rule in its Constitution of 1997. The Polish political and economic transition, compliance with the Copenhagen criteria of 1993 and the accession of Poland to the European Union are the previous history that created the objective conditions for the implementation of the golden rule in the constitution. Chapter X called Public Finance provides effective control of the development and implementation of balanced state budgets. Budgetary arrangements are guaranteed by the Parliament, the Monetary Policy Council, the Court of Auditors and other institutional actors. Other fundamental key is to establish safeguards against lock contingencies legislation, resolutions and constitutional reforms, and increased the deficit and sovereign debt. The golden rule along with other factors, have made Poland is immune to the financial

crisis. The country enjoys economic growth, is attractive to investors, corrects imbalances and continuing the process of economic, social and territorial cohesion.

Key words: *Golden rule, Constitution of 1997, European Union, balanced state budgets, Chapter X, safeguards, European Union, Parliament, the Monetary Policy Council, Court of Auditors, immune to the financial crisis, process of economic, social and territorial cohesion.*

Sumario: I. La cumbre europea de Bruselas y la regla de oro.—II. Los antecedentes de la regla de oro polaca. II.1. Transición a la democracia. II.2. La transición económica. II.3. Criterios de Copenhague: vía a la adhesión de Polonia a la UE. II.4. La culminación de la adhesión polaca a la Unión Europea.—III. La Constitución de 1997.—IV. Capítulo X: finanzas públicas. IV.1. Recursos, obligaciones, endeudamiento, préstamos, garantías y cauciones financieras. IV.2. Ingresos del Estado y gestión de los activos del Tesoro. IV.3. Procedimiento legislativo y de ejecución de los Presupuestos. IV.4. Incrementos o reducciones de ingresos y la garantía de impedir desviaciones presupuestarias al alza. IV.5. Iniciativa legislativa presupuestaria exclusiva del Consejo de Ministros. IV.6. Supuesto de resolución sobre la constitucionalidad de la ley presupuestaria y otras garantías preventivas. IV.7. El control parlamentario de la ejecución del presupuesto. IV.8. El Consejo de Política Monetaria.—V. Los procedimientos de reforma constitucional garantizan la vigencia de la regla de oro.—VI. El nik y el control del proceso presupuestario.—VII. Conclusiones.

I. LA CUMBRE EUROPEA DE BRUSELAS Y LA REGLA DE ORO

La Cumbre de Bruselas de diciembre de 2011 ha impulsado a los Estados Miembros de la UE a abrazar con carácter definitivo la denominada *Regla de Oro*. La medida se puede definir como una disposición de rango constitucional consagrada a la finalidad de establecer una tendencia equilibrada entre gastos e ingresos que posibilite limitar el crecimiento de las deudas soberanas estatales y los déficit públicos. El objetivo normativo es lograr en el medio y largo plazo unas finanzas públicas sostenibles, garantizadas, probablemente, por un nuevo Tratado de la UE¹.

La adopción constitucional de la disposición no garantiza por si misma la praxis de una política de gastos e ingresos equilibrada a través de ajustes estructurales. Por esta razón en la Cumbre de Bruselas se acordó la incorpo-

¹ CONSEJO EUROPEO, Bruselas, 9 de diciembre de 2011, *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro*. Los efectos de la Cumbre en los inicios de enero de 2012 están influyendo en los trabajos preparatorios del nuevo Tratado de la UE. El devenir político europeo parece dirigirse a ampliar el margen de maniobra del Tribunal de Justicia, que podría actuar en caso de incumplimiento de todas las provisiones respecto a la disciplina presupuestaria. En el borrador inicial solo estaba previsto que se pronunciara sobre si la regla de oro se ha consagrado adecuadamente en las constituciones. Otro cambio

ración de mecanismos estatales y comunitarios que garanticen la supervisión del cumplimiento de la finalidad normativa.

La imposición normativa de la adopción y cumplimiento de la regla de oro a escala comunitaria, puede ser analizada como la constatación del fracaso de las resistencias anacrónicas a ceder parcelas de soberanías nacionales en ámbitos donde la globalización financiera ostenta una posición dominante, a la vez que una teórica garantía de vigencia efectiva de la cohesión económica, social y territorial consagrada por el Tratado del Lisboa y los tratados europeos precedentes.

En el caso polaco, la evidencia empírica parece revelar que el Capítulo X de la Constitución de la III República de 1997, ha sido la piedra angular de un modelo de Finanzas Públicas que ha brindado un grado elevado de inmunidad contra la crisis, un modelo que hasta el momento parece ser sostenible en cuanto a su capacidad de establecer tendencias de equilibrio presupuestario, de competitividad, de atracción de inversiones y de impulsar un proceso de cohesión económica, social y territorial. Los antecedentes del caso constitucional polaco se pueden situar en su transición política y económica, y en la revolución silenciosa que supuso la adopción y puesta en práctica de los Criterios de Copenhague de 1993 y en la adhesión a la UE².

II. LOS ANTECEDENTES DE LA REGLA DE ORO POLACA

II.1. Transición a la democracia

Polonia puede ser considerada inequívocamente como un país precursor del constitucionalismo europeo. La Constitución del 3 de mayo de 1791 estuvo dotada del humus original del constitucionalismo liberal, que perduró invernado en la cultura política polaca a pesar de los dramáticos avatares históricos que sufrió el país durante los siglos XIX y XX³.

propuesto en el texto revisado se refiere al número de países de la eurozona que deben tener ratificado el tratado para que pueda entrar en vigor. El tercer cambio introducido en el texto es una propuesta para incluir, en un plazo de cinco años, el pacto fiscal en los tratados de la UE, lo que significa que el Reino Unido, que se excluyó del pacto, tendría que dar su visto bueno. Precisamente la negativa de Londres a participar en el pacto ha impedido a los demás países miembros avanzar en una modificación de los tratados y les ha obligado a proceder con un tratado intergubernamental o internacional.http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/126673.pdf. Consultado el 7 de enero de 2012.

² Torres Kumbrian, R.D. La cohesión, económica, social y territorial europea: Polonia laboratorio principal de su viabilidad futura, en “*Polonia y España ante el futuro de la Unión Europea*”, Edita UCLM-Warsaw University Centre for Europe, L. Popular, Albacete, 2003.

³ A fines del siglo XVIII se consagraron tres constituciones consideradas como las primeras constituciones modernas en el mundo. La Constitución Americana del 17 de Septiembre de 1787. La segunda en el mundo y la primera en Europa fue la Constitución Polaca del 3 de Mayo de 1791, precediendo a la Constitución Francesa de Setiembre por algunos meses. Todas ellas reflejaban los cambios políticos, sociales y económicos venideros.

El *sui generis* constitucional liberal progresista polaco resurge de las cenizas del nazismo y del comunismo como un *Ave Fénix*, cuyo vuelo de regreso a la casa común europea se inicia en un proceso de transición democrática que nace una década antes del derribo del Muro de Berlín, coincidiendo con la primera visita de Juan Pablo II a Varsovia en 1979⁴.

Las elecciones fundacionales de la nueva democracia polaca se celebraron en una doble vuelta los días 4 y 18 de junio de 1989. Las elecciones eran el resultado de las llamadas negociaciones de la Mesa Redonda, que reservaban de antemano el 65% de los escaños en la Cámara Baja (Sejm) al oficial Partido Obrero Unificado Polaco (PZPR) y a sus partidos satélites, pero creaban un Senado para el que las elecciones fueran plenamente competitivas. Estas elecciones semidemocráticas arrojaron un arrollador triunfo de la coalición Solidaridad, que logró el total de los escaños competitivos en la Sejm y 99 de los 100 escaños del Senado. Tras un pacto en 1990, Jaruzelski abandonó la presidencia, y en diciembre Walesa fue elegido nuevo Presidente por el voto directo de los ciudadanos⁵.

II.2. La transición económica

El principal problema de la Polonia independiente fue de índole económica. En 1990 la hiperinflación, fuera de control, llegó a un 500%; la gran deuda externa no permitía ningún tipo de inversiones.

Los factores como el paro encubierto, la industria anticuada y poco rentable, y el sector agrícola preponderante en el Producto Interior Bruto polaco, se visualizaban como obstáculos casi insalvables para emprender una transición económica hacia el libre mercado. La reflexión retrospectiva de Hanna Suchocka es significativa al respecto: “*En un principio, nadie pensaba en la privatización y liquidación del enorme y obsoleto conglomerado de empresas estatales, algo que habría chocado con los intereses de los trabajadores, principales actores de Solidaridad. Según la opinión dominante en 1980, el nuevo sistema económico debería estar basado en una reforma parcial del socialismo*”⁶.

⁴ Torres Kumbrían, R. D. Del Derribo del Muro de Berlín al nacimiento de la Unión Europea de los Veinticinco, en *La Musa, Volumen 3*, páginas 55-62, Editorial L. Popular-Facultad de Humanidades de la UCLM, ISSN 1579-2803, 2005.

⁵ Kolarska-Bobinska, L. (1994), “Social interests and their political representation: Poland in transition”, *British Journal of Sociology* „, London, 1994.

⁶ Hanna Suchocka fue Primera Ministra de Polonia, de julio de 1992 a octubre de 1993. De 1997 a 2000, fue Ministra de Justicia, posteriormente fue Embajadora de Polonia ante la Santa Sede. El párrafo citado corresponde a su intervención en la Fundación FRIDE, el 5 de marzo de 2002, en Seminario sobre Transición y Consolidación Democráticas 2001 -2002, Mesa redonda: La transición a la democracia en Polonia, 5 de marzo de 2002. <http://search.imminent.com/SearchTheWeb/v4/3082/homepage/Default.aspx>. Consultado el 30 de noviembre de 2011.

La ley de liberalización de las actividades económicas de 1988 y la liberalización de los precios de 1989 no produjeron los resultados esperados y se optó por el *Plan de Balcerowicz*⁷.

El proceso de privatización resultó ser más complejo en el sector de la industria pesada, por su gran impacto social excluyente en el corto, medio y largo plazo. Esa consecuencia ha llevado a que el proceso de privatización de los sectores siderúrgico, químico y de maquinaria pesada se encuentre inconcluso⁸.

II.3. Criterios de Copenhague: vía a la adhesión de Polonia a la UE

La breve trayectoria polaca desde el proceso de preadhesión hasta su condición actual de Estado miembro de la Unión Europea, constituye un indicador objetivo de la validez de la Política de Cohesión Económica, Social y Territorial Europea, cuando los sucesivos gobiernos nacionales polacos han demostrado contribuir y no dificultar el objetivo de la cohesión a través del cumplimiento del equilibrio de las finanzas públicas tal como establecen desde el artículo 216 hasta el 227 del Capítulo X de la Constitución de 1997⁹.

En 1993, el Consejo Europeo de Copenhague abrió la perspectiva de la ampliación a los países de Europa Central y Oriental a través de la Política Preadhesión que sirvió, de forma limitada, de estímulo a los entonces Estados candidatos. Los criterios de Copenhague fueron la base estratégica política, normativa y económica al establecer las condiciones de la adhesión. Se pueden definir como los antecedentes o requisitos políticos, económicos, normativos y de capacidades institucionales y administrativas ineludibles a la consagración constitucional de la regla de oro y su efectivo desempeño posterior en Polonia¹⁰.

⁷ El resultado fue la estabilización de la economía polaca y la apertura de sus mercados al exterior. El proceso de transición económica implicó la reforma el sistema bancario y de la política financiera y crediticia, que posibilitó la creación del mercado de capitales y del mercado laboral.

<http://www.paiz.gov.pl/index/?id=d714d2c5a796d5814c565d78dd16188d>. Consultado el 2 de diciembre de 2011.

⁸ Zulawska Ursula. Las Privatizaciones en los Países Socialistas

<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num1/doc10.html>. Consultado el 30 de noviembre de 2011.

⁹ Torres Kumbrian, R. D. Evolución y Perspectivas de la Cohesión Económica y Social frente al reto de la ampliación comunitaria, FLORES JUBERÍAS (coord.) “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol” 43/44, Edita Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Valencia, Valencia, 2003.

¹⁰ Izquierdo, J. “Título XVII: Cohesión Económica y Social” en “Exégesis Conjunta de los Tratados Vigentes y Constitucional Europeos.” Editorial Aranzadi, Colección CIVITAS. Madrid 2005

Los criterios políticos se referían a la estabilidad de las instituciones que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto a las minorías; el criterio del acervo se definió como la capacidad de asumir las obligaciones de la adhesión, incluida la observancia de los fines de la unión política, económica y monetaria. Los criterios económicos exigían una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la presión de la competencia y a las fuerzas del mercado dentro de la Unión, ajustándose a los principios aplicables a las políticas económicas consagrados en el Tratado CE por el Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993¹¹.

Desde sus dictámenes de 1997 sobre las solicitudes de adhesión de los países de Europa Central y Oriental, la Comisión Europea fue evaluando anualmente los avances conseguidos por el país. La tendencia polaca de cumplimiento de los criterios de adhesión y adopción del acervo comunitario, posibilitó la aceleración de las reformas internas exigidas por la UE¹².

Los argumentos históricos, económicos y políticos que abogaron en favor de la ampliación fueron harto convincentes. Podemos afirmar que a pesar de las dificultades lógicas de un proceso de adhesión, la ampliación a una UE-27 fue un derecho conquistado por parte de los nuevos socios de la Unión y que en modo alguno puede considerarse como un privilegio otorgado. En el caso polaco, debido a su posición geoestratégica, su dimensión territorial, su dimensión demográfica y el tamaño de su economía era especialmente significativo¹³.

II.4. La culminación de la adhesión polaca a la Unión Europea

El Tratado de Niza otorgó a la Unión Europea una salida constitucional transitoria que posibilitó la ampliación, al tiempo que inició el proceso constituyente con la Declaración 23 relativa al futuro de la Unión, que tras el intento truncado de Constitución Europea, se tradujo en el vigente Tratado de Lisboa, cuyo carácter efímero se vincula a los efectos de las crisis financiera internacional¹⁴.

Polonia fue el país que mayores inquietudes despertaba en la UE de los Quince. Sus 312.677 kilómetros cuadrados, su dimensión demográfica de 38

¹¹ Tratado de la Unión Europea. El Tratado de Maastricht introdujo nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de los Estados miembros. Al añadir esta cooperación intergubernamental al sistema “comunitario” existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres “pilares”, de naturaleza tanto económica como política: es la denominada “Unión Europea” (UE). Diario Oficial nº C 191 de 29 julio 1992.

¹² COM (2002) "Hacia una Unión Europea ampliada - Documento de estrategia e informe de la Comisión Europea sobre los progresos de cada uno de los países candidatos en la vía de la adhesión"

¹³ Izquierdo, Juan de Dios. La cohesión económica y social ante el Segundo Informe Trienal de la Comisión. "Sistema 160", Editorial Sistema, Madrid. 2001.

¹⁴ Torres Kumbrian, R. D. La constitución europea y los nuevos estados miembros de la Unión Europea. "Teoría y Realidad Constitucional", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.

millones de personas, un 38 % de la población situada en el ámbito rural, un 62 % ubicada en los ámbitos urbanos de Varsovia, Cracovia, Łódź, Szczecin. El peso del sector primario en la economía se aproximaba al 40 % de su PIB, los déficits de capacidades institucionales y administrativas, sobre todo de ámbito regional eran considerables. Sin embargo, el proceso de transformación se aceleró gracias a la perspectiva de la ampliación, aunque las negociaciones de adhesión se basaron en los principios de los méritos propios, la diferenciación y el logro del nivel necesario.

Durante las negociaciones de adhesión, Polonia cerró provisionalmente 27 capítulos. En general, el país cumplió los compromisos asumidos en las negociaciones, aunque se produjeron retrasos en aspectos relativos a la agricultura, la pesca y el medio ambiente. La Comisión consideró que Polonia estaba en situación de asumir las obligaciones derivadas de la adhesión con arreglo al calendario previsto. En el período previo a su adhesión el país continuó preparándose con arreglo a sus compromisos en las negociaciones de adhesión. El 16 de abril de 2003 se firmó en Atenas el Tratado de Adhesión a la Unión Europea de Polonia¹⁵.

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1997

La Constitución de la República de Polonia de 1997 es el documento legal de mayor rango y la base del ordenamiento del Estado, dotada de una estructura simple y compuesta por un preámbulo, 13 capítulos y 243 artículos, retoma la tradición precursora liberal del país, encarnada por su Constitución de 3 de mayo de 1791¹⁶.

Esta Ley Fundamental garantiza las libertades y el respeto a los derechos humanos, determina las relaciones entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial, decide la forma y el procedimiento para la elección o nombramiento de los órganos más importantes del Estado, tales como la Cámara de los Diputados, el Senado, el Jefe del Estado y el Consejo de Ministros. Determina directamente el modelo de sistema judicial, de gobierno regional, y de los órganos del control estatal.

La Carta Magna polaca regula también los asuntos relacionados con la administración estatal, el presupuesto del Estado y las situaciones especiales como puede ser por ejemplo el estado de excepción¹⁷.

¹⁵ Tratado de Adhesión a la Unión Europea. en Diario Oficial nº L 236 de 23/09/2003.

¹⁶ Konstytucja Trzeciego Maja, es la Constitución de 3 de mayo de 1791, también denomiña, o *Ustawa Rzadowa Ley del Gobierno*, es reconocida como la primer Constitución en Europa y la segunda a en el nivel mundial, después de la de los Estados Unidos de Norte América. <http://es.poland.gov.pl/Constitucion,1143.html>. Consultado el 4 de diciembre de 2011.

¹⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r.» sejm.gov.pl. Consultado el 14 de diciembre de 2011.

La Constitución de la III República de Polonia fue aprobada el 2 de abril de 1997 por la Asamblea Nacional, es decir, por el debate parlamentario conjunto de ambas Cámaras. Fue aceptada por el pueblo polaco en el referéndum constitucional del 25 de mayo del mismo año. El 16 de julio de 1997 fue firmada por el Presidente de la República de Polonia, quien entonces era Aleksander Kwaśniewski, y entró en vigor el 17 de octubre y desde entonces sigue vigente.

En el periodo anterior a la aprobación de la Constitución actual, se aplicaba la llamada *Pequeña Constitución*, que modificó las normas más importantes de las leyes fundamentales introducidas durante el periodo estalinista, vigentes desde el año 1952, lo que permitió el funcionamiento legal del Estado polaco durante los años de la transición democrática y económica desarrollada durante el periodo 1990-97.

La Constitución de 1997 está dotada de un nivel de garantías homologable a las constituciones europeas más avanzadas en todos los ámbitos, incluyendo el económico, aunque puede definirse como una constitución precursora en el contexto de la Unión Europea, al garantizar una tendencia de equilibrio de ingresos y gastos, a través de su Capítulo X, denominado Finanzas Públicas.

Todos los órganos del Estado polaco deben contribuir a controlar el cumplimiento de la Constitución, pero el Tribunal Constitucional lo hace de un modo especial, ya que examina la compatibilidad de toda la legislación vigente con la Constitución. La Constitución de 1997 o de la III República, es la fuente de Derecho más importante e indica las demás fuentes de Derecho, amén de su ámbito y carácter autónomo o ejecutivo respectivo. Los demás actos normativos subyacenten en un status dependiente y concordante con el texto constitucional.

El Tribunal Constitucional supervisa la compatibilidad de los demás actos normativos con el texto constitucional, así como la conformidad del Derecho derivado con la legislación jerárquicamente superior. Por tanto, la supervisión del alto tribunal afecta a las leyes vinculadas al Capítulo X de la Finanzas Públicas, como por ejemplo la Ley de Presupuestos¹⁸.

La Constitución polaca establece una distinción entre la legislación de aplicación universal y las disposiciones de carácter interno. Los actos de aplicación universal son vinculantes para todas las entidades del país y regulan la situación jurídica de los ciudadanos y de otras entidades.

El artículo 91, apartado 3, del Capítulo III, de la Constitución define el papel del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico interno. El Derecho derivado de la UE es directamente aplicable y ostenta un rango superior en caso de conflicto de leyes¹⁹.

¹⁸ Rozdział X, FINANSE PUBLICZNE, art. 216-227. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997.*

<http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970780483>. Consultado el 10 de diciembre de 2011.

¹⁹ Trybunał Konstytucyjny w Polsce

<Http://www.trybunal.gov.pl/index2.htm>. Consultado el 10 de diciembre de 2011.

El Derecho primario de la UE, forma parte del ordenamiento jurídico interno, es directamente aplicable y prima sobre el resto de la normativa, por tanto se puede afirmar que esto afecta de modo directo a los actos normativos con incidencia en el ámbito económico y presupuestario. Al hilo de la lógica jurídica anterior y en el supuesto de que un nuevo tratado de la UE, imponga la regla de oro a los Estados Miembros, se puede concluir que Polonia no deberá hacer una reforma constitucional, debido a que la Constitución de 1997 consagra todo un capítulo constitucional, el Capítulo X a esta cuestión.

Desde el artículo 118 al 124, del Capítulo IV, regulan la organización y funcionamiento de Cámaras de Diputados (*Sejm*) y del Senado, (*Senat*), que junto al Reglamento del *Sejm* y del *Senat*, determinan el procedimiento legislativo, que incide favorablemente en el control orientado a garantizar la traducción material de unos presupuestos, de finanzas públicas y de la deuda soberana²⁰.

El derecho de iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, a un grupo compuesto por un mínimo de quince diputados, al Senado, al Presidente de la República y a un grupo compuesto por un mínimo de 100 000 ciudadanos. Las propuestas legislativas se presentan al *Sejm*, siendo objeto de tres lecturas. En el curso de este procedimiento, el *Sejm* examina la propuesta y la transmite a las comisiones parlamentarias competentes, después de lo cual vuelve al *Sejm*, que vota las enmiendas y el texto en su conjunto. El *Sejm* aprueba la propuesta por mayoría simple, siempre que esté presente al menos la mitad de los diputados. Una vez aprobada por el *Sejm*, se remite al Senado, que dispone de un mes para su adopción con o sin enmiendas, o para su rechazo en su totalidad. Si una propuesta fuese enmendada o rechazada por el Senado, ha de ser examinada nuevamente por el *Sejm*. En este caso, se necesita mayoría absoluta, siempre que esté presente al menos la mitad de los diputados, con el fin de superar el dictamen del Senado. Una vez concluido el procedimiento legislativo en el Parlamento, el texto se transmite al Presidente para su firma en el plazo de 21 días y posterior publicación en el Diario Oficial. Antes de la firma, el Presidente puede remitir el texto al Tribunal Constitucional para que verifique su constitucionalidad. Si al alto tribunal declara su constitucionalidad, el Presidente no puede negarse a la firma. El Presidente puede optar por no remitir el texto al Tribunal Constitucional y hacerlo al *Sejm* para una nueva lectura («veto presidencial»). Sin embargo, el *Sejm* puede rechazar un veto presidencial por una mayoría de 3/5, siempre que esté presente al menos la mitad de los diputados. Si el texto fuese aprobado nuevamente por el *Sejm*, el Presidente tendrá un plazo de 7 días para proceder a la firma y ordenar su publicación²¹.

²⁰ Rozdział III, ŹRÓDŁA PRAWA, ART. 91, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997*. <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970780483>. Consultado el 10 de diciembre de 2011.

²¹ PRZEBIEG PROCESU LEGISLACYJNEGO W SEJMIE <http://www.sejm.gov.pl/prace/prace.html>, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/kronika.xsp> SessionID=D25N1IT7QH, <http://www.senat.gov.pl>. Consultado el 16 de diciembre de 2011.

IV. CAPÍTULO X: FINANZAS PÚBLICAS

El articulado que compone el Capítulo X consagra la vigencia de la *Regla de Oro*, desde el artículo 216 hasta el artículo 224. El conjunto ha determinado en gran medida una tendencia positiva de la salud financiera polaca, aún en aquellas contingencias que imponen desviaciones de las previsiones de ingresos y gastos, según se desprende del articulado que compone el Capítulo X, titulado Finanzas Públicas. Llegado este punto y antes de adentrarnos en la cuestión específica económica financiera, resulta necesario destacar que los Estados Miembros de lo que fue la UE Quince no pusieron en valor los esfuerzos y sacrificios que revolución política y económica llevada a cabo por Polonia y los demás Estados de Europa Central desde 1989, un acontecimiento histórico cuyo alcance es desconocido para los ciudadanos de Europa occidental²².

IV.1. Recursos, obligaciones, endeudamiento, préstamos, garantías y cauciones financieras

El artículo 216 es significativo al respecto al establecer en su apartado 1 que los recursos financieros destinados a fines públicos serán obtenidos y gastados en el modo que la Ley los determine. El punto 3 del precepto, establece la misma orientación para la emisión de obligaciones por el Tesoro del Estado, el Banco Central de Polonia u otras personas jurídicas estatales.

Los apartados 4 y 5, del artículo 216 determinan los límites del endeudamiento público. La contratación de préstamos y la concesión de garantías y cauciones financieras por parte del Estado se realizan con arreglo a los principios y procedimientos establecidos en la ley, al tiempo que se impide que la contratación de préstamos, la concesión de garantías y cauciones financieras en virtud de las cuales la deuda pública del Estado pueda sobrepasar los tres quintos del valor del producto interior bruto interno anual. La prolíjidad normativa del artículo 216, llega incluso a que se determine el método de cálculo del producto interior bruto anual y de la deuda pública por una ley específica²³.

IV.2. Ingresos del Estado y gestión de los activos del Tesoro

En relación a los ingresos del Estado vía impositiva, el artículo 217, indica que el establecimiento de impuestos y gravámenes públicos, la determinación de los sujetos, de los bienes objeto de imposición y de las tarifas, así como los supuestos de desgravación, exención y condonación de deudas tributarias sean determinados por ley. La organización y el modo de gestión de los activos del Tesoro del Estado también quedan regulados por ley según el artículo 218.

²² Geremek B. “*La democracia en Europa*”, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

²³ Kosinski, E. “*Procededura budżetowa a deficyt: Zagadnienia prawne na tle porównawczym*”. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2001.

IV.3. Procedimiento legislativo y de ejecución de los Presupuestos

El *Sejm* (Cámara de Diputados) aprueba el presupuesto del Estado para un año fiscal por medio de la ley de presupuestos (Artículo 219. 1). La ley determina los principios y procedimientos del proyecto de ley presupuestaria, el nivel de detalle de ésta y las condiciones en que debe satisfacer, así como los principios y el procedimiento para la ejecución del presupuesto del Estado (Art. 219.2).

La Constitución polaca de 1997 contempla supuestos excepcionales y de ralentización o bloqueo legislativo de la política presupuestaria. En estos casos establece que mediante un presupuesto provisional podrá determinar los ingresos y los gastos del Estado para un periodo inferior a un año. Los preceptos relativos al proyecto de ley de presupuestaria se aplican del modo conveniente al proyecto de esta ley provisional (Artículo 219.3). El punto 4 de este artículo dispone que si la ley presupuestaria o ley sobre el presupuesto provisional no han entrado en vigor el primer día del año fiscal, el Consejo de Ministros deberá dirigir las finanzas del Estado con arreglo al proyecto de ley en fase de tramitación.

IV.4. Incrementos o reducciones de ingresos y la garantía de impedir desviaciones presupuestarias al alza

La Carta Magna polaca también regula los incrementos o reducciones de ingresos, al tiempo que prevé contingencias de déficit presupuestario en el artículo 220 del Capítulo X, con una clara garantía de impedir desviaciones al alza. En relación a estas cuestiones cabe señalar que el apartado 1 del precepto establece que los incrementos del gasto o las reducciones de los ingresos planificados por el Consejo de Ministros no podrán conducir al *Sejm* (Cámara de Diputados) a aprobar un déficit presupuestario superior al previsto en el proyecto de ley presupuestaria. La prevención normativa de desviaciones que incrementen el déficit se cierra en el punto 2 del mismo artículo, al establecer que la Ley presupuestaria no puede prever la cobertura del déficit presupuestario mediante la asunción de obligaciones con el Banco Central del Estado.

IV.5. Iniciativa legislativa presupuestaria exclusiva del Consejo de Ministros

Por su parte, el artículo 221 concede la iniciativa legislativa exclusiva al Consejo de Ministros en relación con la política presupuestaria, concretamente en lo relativo a ley de presupuestos, las leyes de presupuesto provisional, las enmiendas a la ley presupuestaria, la ley sobre emisión de deuda pública, y las leyes referentes a la concesión de garantías financieras por el Estado.

El Capítulo X pone un límite temporal al desempeño de la exclusiva iniciativa legislativa gubernamental en el ámbito presupuestario. En su artículo 222, determina que el Consejo de Ministros debe someter al *Sejm* (Cámara

de Diputados) un proyecto de ley presupuestaria para el año siguiente no más tarde de los tres meses anteriores al comienzo del año fiscal. Sin embargo, la norma contempla supuestos excepcionales dentro de los cuales se prevé un plazo de presentación posterior no determinado. El *Senat* (Senado) está condicionado temporalmente en las aprobaciones de enmiendas de la ley presupuestaria con un plazo de 20 días desde su recepción, según lo establecido en el Artículo 223. Las limitaciones temporales del procedimiento legislativo también afectan al Jefe del Estado. En este sentido, cabe señalar que el Presidente de la República sancionará la ley de presupuestos o la ley del presupuesto provisional sometida a él o por el Presidente de la Cámara de Diputados dentro de los siete días siguientes a la fecha de su recepción, según el artículo 224. El precepto indica que lo establecido en el artículo 122 apartado 5 del Capítulo dedicado al Congreso y Senado, no será de aplicación a la ley presupuestaria, ni a la ley de presupuesto provisional²⁴.

IV.6. Supuesto de resolución sobre la constitucionalidad de la ley presupuestaria y otras garantías preventivas

La Constitución de la III República en su Capítulo X, incluye la contingencia relativa a que el Jefe del Estado solicite al Tribunal Constitucional una resolución sobre la constitucionalidad de la ley presupuestaria o ley del presupuesto provisional antes de sancionarla. En este supuesto, el Tribunal Constitucional debe resolver en un plazo máximo de dos meses, a contar desde el día en que fuere presentada la cuestión. (art. 224.2).

Las garantías preventivas frente a hipotéticos bloqueos legislativos en el ámbito presupuestario alcanzan un nivel máximo en el artículo 225, por el cual se establece que si transcurridos 4 meses desde la fecha en que el proyecto de ley presupuestaria fue presentado a la Cámara de Diputados, aquel no ha sido remitido al Presidente de la República para su sanción, éste podrá, en un plazo de 14 días, ordenar el acortamiento de la legislatura.

IV.7. El control parlamentario de la ejecución del presupuesto

El Capítulo X, no agota el rol legislativo del *Sejm* (Cámara de Diputados) en el proceso que da lugar a la vigencia de ley presupuestaria debido a que le otorga capacidad para ejercer una función de monitoreo y control de su ejecución, según se desprende del artículo 226.1. En este apartado la norma obliga al Consejo de Ministros, dentro de los cinco meses siguientes al término del año fiscal, a presentar a la Cámara de Diputados un informe sobre

²⁴ Rozdział IV, art.122, Sejm i Senat, en “Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.”: “Si el presidente de la República no recurre al Tribunal Constitucional, podrá devolver ley para su reconsideración a la Cámara de Diputados, acompañada de una solicitud fundamentada...” <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm> (Consultado el 14 de diciembre de 2011).

la ejecución de la ley presupuestaria junto con información sobre la situación de la deuda soberana. *El Sejm* (Cámara de Diputados) examina la información recibida y, oída la opinión de la Cámara Superior de Control, procede a adoptar una resolución en la que aprueba o rechaza la Cuenta General del Estado presentada por el ejecutivo, dentro de los 90 días siguientes a la presentación del informe y de la información conexa, según lo determina el apartado 2 del artículo 226²⁵.

IV.8. El Consejo de Política Monetaria

El Consejo de Política Monetaria está integrado por el Presidente del Banco Nacional de Polonia, que lo preside, así como por personas distinguidas por sus conocimientos en materia financiera que son nombradas, en igual número, por el Presidente de la República, el Presidente de la Cámara de Diputados (*Sejm*) y el Senado (*Senat*) para un periodo de seis años (art. 227.5). Este órgano fija anualmente las bases de la política monetaria e informa de ellas al *Sejm*, coincidiendo con la presentación del proyecto de ley presupuestaria que realiza el Consejo de Ministros. Otra función del Consejo de Política Monetaria es la de presentar a la cámara legislativa un informe sobre la ejecución de la política monetaria dentro de los cinco meses siguientes a la finalización del año fiscal. (art. 227.6).

V. LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL GARANTIZAN LA VIGENCIA DE LA REGLA DE ORO

El Capítulo XII, denominado Reforma de la Constitución, en su artículo 235 establece un procedimiento de reforma garante de su significado, de su forma y de su fuerza jurídica, que caracterizan al texto constitucional polaco como un referente dentro de la corriente constitucionalista liberal y progresista surgida tras la finalización de la segunda guerra mundial europea. El artículo 235 en su apartados 1-7 determina el procedimiento legislativo a seguir y que se distingue por la exigencia de mayorías reforzadas y otras regulaciones garantistas de los principios activos de la Carta Magna de 1997.

El apartado 1, del artículo 235 determina que el proyecto de reforma puede ser presentado por al menos un quinto del número total de diputados, el Senado o el Presidente de la República. La reforma constitucional exige la aprobación de una ley por la *Sejm* y el *Senat*, en un plazo de 60 días (art.235.2), debe ser aprobada por mayoría de dos tercios estando al menos presentes la mitad del número total de diputados, y por mayoría absoluta en el Senado, estando presentes la mitad del número total de senadores. (235.4). El apartado 3 del artículo 235 exige que la primera lectura del proyecto de ley sobre la reforma constitucional no podrá tener lugar dentro de los 30 días

²⁵ Kosikowski. C. “*Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP, oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*”, Wydawnictwo Sejmowe, págs., Warszawa, 2004.

siguientes a su presentación en el *Sejm*. Se puede concluir que los mecanismos de reforma establecidos en el artículo 235 garantizan el vigor y la precisión de los significados del Capítulo X diseñado para garantizar una tendencia de equilibrio de las finanzas públicas (artículos 216-227)²⁶.

VI. EL NIK Y EL CONTROL DEL PROCESO PRESUPUESTARIO

El Tribunal de Cuentas es junto al Tribunal Constitucional, el órgano de control más importante del país, también denominado NIK o Cámara superior de Control, según se establece en el Capítulo IX de la Constitución de 1997, consagrado a los órganos de Control Estatal y de Protección del Derecho²⁷.

La tarea principal del NIK consiste en controlar la actividad de los órganos de Administración Pública, Banco Nacional de Polonia, personas jurídicas públicas y otras entidades públicas. El Tribunal de Cuentas puede asimismo controlar la actividad de los órganos de gobiernos territoriales, personas jurídicas de ámbito regional y otras entidades municipales²⁸.

El origen de la Cámara Superior de Control se remonta a la época de la II República de Polonia, y es uno de los órganos más antiguos del Estado polaco. El NIK se creó el 7 de febrero de 1919, apenas tres meses después de que Polonia hubiese recuperado la independencia y su promotor fue el Mariscal Józef Piłsudski, Jefe de Estado en aquel momento. Desde el inicio de su andadura, el Tribunal de Cuentas fue el órgano principal de control del Estado capacitado para monitorear los gastos e ingresos del mismo y de cualquiera institución y empresa que se beneficiaran de los fondos públicos²⁹.

En la actualidad el Tribunal de Cuentas o NIK está autorizado a realizar controles de todos los órganos del Estado polaco, de las delegaciones de la administración tanto centrales como locales, y de todas las empresas y entidades no oficiales que estén realizando contratos del Estado o disfrutando de

²⁶ Rozdział IX , ORGANY KONTROLI PAŃSTWOWEJ I OCHRONY PRAWA, art. 202-215, en ““Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.”” (<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polksi/kon1.htm> (Consultado el 14 de diciembre de 2011)).

²⁷ Rozdział IX , Organy Kontroli Panstwowej I Ochorny Prawa, “Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.” : “La Cámara Superior de Control fiscaliza la actividad de los órganos de la Administración del Estado, del Banco Nacional de Polonia, de las personas jurídicas estatales y de otras unidades organizativas estatales en lo relativo a la legalidad, buena gestión, uso adecuado de los recursos y probidad. (art. 203.1)” <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polksi/kon1.htm> (Consultado el 18 de diciembre de 2011)

²⁸ Rozdział IX , Organy Kontroli Panstwowej I Ochorny Prawa, “Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.” : “La Cámara Superior de Control puede fiscalizar la actividad de los órganos de la Administración territorial autónoma, de las personas jurídicas municipales en lo relativo a la legalidad, buena gestión y probidad. (art. 203.3)” (Consultado el 18 de diciembre de 2011).

²⁹ Oficjalny Portal Promocyjny Rzeczypospolitejrzeczy Posolitepolskiej , <http://www.poland.gov.pl/> (Consultado el 18 de diciembre de 2011).

las subvenciones y avales estatales. Según la normativa legal vigente, el Tribunal de Cuentas está sometido al control de la Cámara de los Diputados, que nombra al Presidente del Tribunal para un mandato de seis años, con previa aprobación del Senado. Conviene observar que el mandato del Presidente del Tribunal de Cuentas no coincide con el del Parlamento, lo cual en la práctica hace imposible que una sola opción política pueda influir en el Tribunal de Cuentas.

El Presidente del Tribunal también goza de inmunidad parecida a la de los diputados, ya que no puede ser arrestado ni acusado sin el consentimiento de la Cámara de los Diputados. El NIK realiza sus funciones por medio de delegaciones y departamentos y las divisiones departamentales reflejan los sectores o ámbitos sometidos a control.

El Tribunal de Cuentas puede iniciar sus actuaciones por iniciativa propia, por encargo de la Cámara de los Diputados, o de alguno de sus órganos como el Presidente de la Cámara. También puede intervenir por indicación del Jefe del Estado o del Jefe del Gobierno. El Tribunal de Cuentas presta una atención especial a la comprobación del grado de ajuste, tanto a los presupuestos del Estado como a los principales indicadores de la política financiera. El NIK elabora el informe previo a la aprobación de las cuentas estatales (*absolutórium*) que necesita obtener el Consejo de Ministros.

VII. CONCLUSIONES

El proceso de transición democrática y económica polaca, junto al cumplimiento de los Criterios de Copenhague de 1993 y la exigencias del Tratado de Maastricht de 1992, contribuyeron a crear una condiciones objetivas favorables para que la Constitución de la III República de Polonia de 1997 consagre la Regla de Oro en su Capítulo X dedicado a la Finanzas Públicas.

Los procedimientos legislativos relativos a los presupuestos estatales, endeudamiento y política monetaria, contemplados en el Capítulo X de la constitución polaca han permitido establecer mecanismos de control de la formulación y ejecución de las políticas en esos ámbitos. Todo ello ha favorecido que Polonia haya sido uno de los países europeos que mejor ha resistido los efectos de la crisis económica desatada en 2008.

El Capítulo X y las directrices de la UE, han inducido a una política económica polaca que en los últimos años ha registrado un crecimiento medio del 3,5%, muy por encima del retroceso del 0,6% que tuvo la Unión Europea en el mismo periodo. Polonia ha sido además el único país del club comunitario que no entró en recesión en 2009, el peor año de la crisis financiera internacional. La clave ha estado en su dinámico sector exportador, en la fuerza del consumo y el gasto público, favorecido por los fondos europeos.

Sin embargo, la tendencia de equilibrio presupuestaria favorecida por el artículo 216 del Capítulo X es perfeccionable y su grado de efectividad se ha reducido por los efectos de la crisis durante 2011. La preocupación gubernamental es reducir el déficit fiscal. Los datos indican que el desequilibrio pú-

blico de 2010 rondó entre el 7,4% y el 7,9% del PIB, un dato que supera en más de un punto el 6,8% de 2009. Por otro lado, la deuda pública alcanzó el 53% del PIB en 2010. El Ejecutivo polaco se comprometió con la Comisión Europea a reducir este desequilibrio al 5% en 2011 y al 2,9% en 2012. Las autoridades también presentaron un plan de austeridad de cuatro años mediante el cual se situaría la deuda pública por debajo del 50% en 2014. Parte del desequilibrio que eleva el gasto público se debe a las reformas estructurales y el proceso de cohesión, económica, social y territorial, por tanto, se trata de un desequilibrio basado en una política de gasto responsable, antagónica al gasto superfluo o no estructural. Polonia es el mayor receptor de fondos comunitarios, acaparando en el periodo 2007-2013 un 20% del total de la UE, hasta los 67.300 millones de euros. La financiación además de incrementar el desarrollo del país y las relaciones con sus socios comunitarios, ayuda a modernizar los principales sectores productivos polacos y preparar al país para su entrada en la Zona Euro, una vez superada la crisis.

En el año 2010 la actividad económica se incrementó debido a la confianza de los hogares y las empresas en el país. Cabe destacar que Polonia sigue siendo uno de los países más atractivos para los inversores. Un factor de gran importancia es la necesidad de mejorar la infraestructura, construcción de carreteras, ampliación de la red ferrocarril y la intensificación de trabajos relacionados con la introducción del euro en Polonia, prevista para 2014-2015. El PIB polaco estuvo creciendo hasta el año 2008 de una forma continua, sin embargo, el país no fue totalmente inmune a la crisis global, con unos efectos de empeoramiento del ritmo de esta tendencia (1,7% en 2009 y 4,2% en tres primeros trimestres de 2010) y un empeoramiento en el mercado laboral polaco.

Una consecuencia destacable del Capítulo X, es que Polonia no ha entrado en recesión durante la actual crisis financiera. La Comisión Europea le augura una proyección muy superior a la de España. Por eso está obteniendo el premio de los mercados, que están apostando por los países con cuentas saneadas y buenas perspectivas de crecimiento.

Polonia está bien situada en el ranking de probabilidad e impago de deuda soberana por país, según se desprende de los siguientes porcentajes es: Grecia 57.7%, Irlanda 43.0%, Portugal 40.1%, España 18.9%, Hungría 16.7%, Rumanía 15.3%, Latvia 15.0%, Lituania 14.5%, Bulgaria 13.5%, Italia 12.5%, Bélgica 11.8%, Polonia 10.0%. Sólo se encuentran en mejor posición que la deuda soberana polaca, las deudas de Alemania 4.0%, Holanda 3.4%, Dinamarca 3.4%, Finlandia 2.6% y Suecia 2.5%³⁰.

³⁰ Guru Huky. Director de Inversiones en una compañía de Capital Riesgo, ha trabajado también como responsable de análisis de una Sociedad de Valores. MBA por el IE. <http://www.gurusblog.com/archives/ranking-paises-probabilidad-impago-deuda-soberana/10/04/2011/> Consultado el 29 de noviembre de 2011.

Los fondos estructurales de la UE también prestan apoyo a las inversiones en Polonia. No sólo directamente, sino también las inversiones indirectas, que ayudan a construir y modernizar las infraestructuras. El sistema de incentivos a la inversión y ayuda estatal en Polonia no se aplica a los sectores de fibras sintéticas, minería, industria siderurgia y de hierro, construcción naval, pesca y procesamiento y comercio de algunos productos agrícolas.

Actualmente existen 14 Zonas Económicas Especiales (ZEE) en Polonia, que ocupan más de 12.000 hectáreas y es previsible que sigan existiendo hasta 2015-2017, entre las que destacan: Legnica, Kamienna Góra y Walbrzych en la región de Dolnoslaskie; Lodz en la región de Lodzkie; Suwalki en la región de Podlaskie; Katowice en la región de Slaskie y Pomeranian en la región de Pomorskie. Según la Ley sobre actividades económicas, que entró en vigor el 1 de enero de 2001, los sujetos extranjeros pueden llevar a cabo actividades económicas estableciéndose en Polonia mediante las mismas formas legales que los empresarios polacos.

El sistema tributario de Polonia se ha adaptado en los últimos años a los de los vecinos de la UE. El tipo básico de IVA hasta el año 2010 era el 22%. A partir del 1 de enero de 2011, Polonia ha elevado el IVA a 23%. Existe un convenio firmado entre España y Polonia para evitar la doble imposición. Los ciudadanos comunitarios no precisan tarjeta de residencia. No obstante, para estancias mayores a 3 meses es preciso registrarse en el listado de comunitarios europeos. El registro es obligatorio y se realiza en la Presidencia de la Provincia (Voivodía). Polonia aplica la coordinación comunitaria de los sistemas de seguridad social para las personas que se desplazan dentro de la Unión (Reglamentos 1408/71 y 574/72).

El ministro polaco de Finanzas, Jacek Rostowski, sostuvo tras la Cumbre de Bruselas que la eurozona seguía sin tener estabilidad a pesar del reciente acuerdo alcanzado sobre la crisis de deuda soberana, y reconoció que pasarán varios años antes de que Polonia plantee de nuevo fechas concretas para su adhesión al Euro. Sin embargo, el país cumple las condiciones objetivas para entrar en el Euro desde 2008.

JURISPRUDENCIA

Sobre la condena por prevaricación del Magistrado Baltasar Garzón por la intervención de las comunicaciones autorizada con ocasión de la instrucción del caso Gürtel: La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012

María Luz Martínez Alarcón

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 29.03.2012

Aceptado: 31.05.2012

Resumen: Recientemente, el Tribunal Supremo español ha condenado a D. Baltasar Garzón por un delito de prevaricación dolosa como consecuencia de su decisión de autorizar la intervención de las comunicaciones habidas entre los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales en la trama Gürtel. La resolución ha suscitado opiniones encontradas en los ámbitos políticos e intelectuales del país. Este artículo pretende destacar que, a pesar de la dificultad existente para concluir que, en este supuesto, se ha producido una inobservancia manifiesta del Derecho aplicable, tampoco sorprende la conclusión jurídica a la que finalmente ha llegado el tribunal.

Palabras clave: Interceptación, comunicaciones, abogados, prisioneros, *Gürtel*.

Abstract: Recently, the Spanish Supreme Court has condemned Baltasar Garzón as a result of his decision of intervention of communications between some prisoners and their lawyers in the Gürtel case. The sentence has provoked opposite intellectual and political opinions in the country. This article tries to emphasize that it is difficult to demonstrate a manifest nonobservation of the applicable law in this case. But also that the legal conclusion at which the court has finally arrived is not surprising.

Key words: *Interception, communications, lawyers, prisoners, Gürtel.*

Sumario: I. Sobre las condiciones de constitucionalidad de la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones. Con especial referencia a la limitación de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales.—II. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012: 1. La afectación del derecho de defensa. 2. La condena por prevaricación de D. Baltasar Garzón en el caso *Gürtel*: 2.1. Consideraciones preliminares sobre la existencia de responsabilidad penal del juzgador por el ejercicio de la función jurisdiccional. 2.2. El elemento objetivo del ilícito: La ausencia de una conducta racional y *secundum legem*. 2.3. El elemento subjetivo del ilícito (el dolo).—III. Referencia bibliográfica.

I. SOBRE LAS CONDICIONES DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LIMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS INTERNOS EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO CON SUS REPRESENTANTES LEGALES

Los derechos fundamentales no son –salvo quizás el derecho fundamental a no ser torturado del artículo 15 del texto constitucional¹– derechos absolutos. Todos ellos se encuentran sometidos a límites, aunque es cierto que su limitación debe ser una práctica excepcional (regla igualmente aplicable al derecho al secreto de las comunicaciones). Por lo que hace precisamente a este derecho, su intervención debe producirse respetando las siguientes condiciones de constitucionalidad: Habilitación legal previa², intervención judicial, pretensión de conseguir algún fin constitucionalmente lícito y proporcionalidad de la medida.

Dejando ahora a un lado las cuestiones relativas a la consecución del fin constitucionalmente lícito y al juicio de proporcionalidad y centrándonos en las dos primeras condiciones, hay que destacar la insuficiencia de la calidad normativa³ de los preceptos que, en nuestro ordenamiento jurídico, regulan

¹ El artículo 15 CE establece que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, *en ningún caso*, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”. Ahora bien, como se ha dicho, la relativización vuelve a surgir a la hora de interpretar el concepto de tratos inhumanos y degradantes; MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Cívitas, Madrid, 1995, p. 36.

² El Tribunal Constitucional, así como un sector mayoritario de la doctrina en España, han entendido que, a pesar de la formulación del derecho al secreto de las comunicaciones contenida en el artículo 18.3 CE, resulta absolutamente necesaria una habilitación legal previa que predetermine las condiciones a las que ha de quedar sujeta cualquier limitación del mismo. En cualquier caso, la redacción de este precepto ha dado lugar a dos interpretaciones encontradas en el seno de la doctrina constitucional española. Para algunos autores, resulta constitucionalmente posible limitar el derecho al secreto de las comunicaciones a través de la resolución judicial sin que medie habilitación legal previa (aunque ésta, naturalmente, resulte conveniente). Para otros, la mayoría, la resolución judicial opera como una premisa básica, aunque no suficiente, de la limitación del derecho fundamental. Y es que entienden que la restricción del derecho exige necesariamente la existencia de un previo desarrollo legislativo habilitante que predetermine las condiciones de la limitación del derecho. Un ejemplo de los primeros podría ser RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, MacGraw-Hill, Madrid 1998, pp. 104-107. Entre los segundos, podríamos citar a LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 105; MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de...*, ob. cit., p. 39; o a JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, p. 58 y ss.

³ La STEDH de 24 de agosto de 1998 (asunto *LAMBERT*) señala que el requisito que recoge el artículo 8 CEDH (“previsto por la ley”) no es suficiente porque, además, la ley

la intervención de las comunicaciones en el proceso penal (especialmente cuando se trata de las telefónicas). En efecto, ni la regulación contenida en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴, ni la especial atinente a los internos en establecimiento penitenciario, recogida en la Ley Orgánica General Penitenciaria y desarrollada en su reglamento, recogen las previsiones necesarias para evitar que se produzcan intervenciones arbitrarias en las comunicaciones. Recordemos que el Estado español ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos ocasiones con motivo de la insuficiencia de la regulación española sobre este asunto. La primera por sentencia de 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela Contreras*). Y la segunda por sentencia de 18 de febrero de 2003 (caso *Prado Bugallo*). En el primer caso, y aún a pesar de reconocer la labor de los tribunales españoles orientada a fortalecer las garantías de esta intervención (aunque señalando que dicha jurisprudencia era en todo caso posterior a los hechos enjuiciados), el Tribunal echa en falta en el código procesal criminal, en particular, la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia, la naturaleza de las infracciones que permiten la intervención de las comunicaciones, la fijación de un límite temporal de ejecución de la medida y el procedimiento para la utilización y destrucción de las grabaciones realizadas así como para la elaboración de los informes resumidos de las conversaciones interceptadas⁵. En el segundo, el Tribunal, aún reconociendo cierto carácter meritorio a la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas introducida por el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera que dicho

ha de tener “calidad”. Sobre los requisitos de calidad de la ley a los que se refiere el Tribunal de Estrasburgo véase CATALÀ I BAS, A.H., “Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010, p. 280 y ss.

⁴ Las expectativas que generó la LO 4/1988, de 25 de marzo, de reforma de la LECrim, que introdujo el artículo 579 LECrim regulando por vez primera el régimen general de intervención de las comunicaciones telefónicas en España, corren paralelas a la decepción que han experimentado aquellos que se han aproximado al contenido del precepto. Entre otros, ELVIRA PERALES, A. “El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas a golpe de jurisprudencia”, *ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, CEPC, Universitat de Barcelona y Ajuntament de Mollet del Vallés, Madrid 2008, p. 1144.; LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado...*, ob. cit., pp. 77-80; REBOLLO DELGADO, L., “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, p. 380; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid 1991, pp. 41-42; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal, Madrid, 1989, p. 182.

⁵ Existe pronunciamientos anteriores de este Tribunal (aunque no relativos al Estado español) en los que ya se indican las previsiones que debe contener una regulación de intervención de las comunicaciones de calidad (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de abril de 1990 –asunto *Kruslin*–).

precepto no colma las garantías exigidas para la intervención del derecho, y, en particular, indica que la norma española no establece –y debería hacerlo– la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a escuchas, la fijación de límites sobre el plazo de duración de la medida, u otras cuestiones relativas a garantías procesales tales como la verificación judicial o el control de las cintas.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido este déficit normativo que, por cierto, no ha sido solventado por el legislador⁶. Aunque también ha afirmado que este vicio no puede provocar la estimación de un recurso de amparo. Antes bien, el pronunciamiento de amparo en este punto dependerá de la configuración final de la intervención judicial⁷, que deberá ceñirse a lo dispuesto por la prolífica doctrina jurisprudencial que se ha desarrollado sobre la materia a tres niveles –internacional, constitucional y ordinario– y sin la cual no resulta posible aprehender el alcance y los límites del derecho al secreto de las comunicaciones en nuestro país en la actualidad⁸.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, que integra la motivación en el contenido esencial del derecho⁹, la autorización judicial de intervención de las comunicaciones –la limitación del derecho sólo la puede autorizar el órgano judicial actuando *secundum legem*¹⁰– debe determinar con la mayor pre-

⁶ El TEDH, en su sentencia *Abdulkadir Coban c. España*, de 26 de septiembre de 2006, constata que la jurisprudencia española ha incorporado su doctrina en materia de garantías, y, por lo tanto, aunque considera deseable la modificación del artículo 579 LECrime, señala que la incorporación de dicho cuerpo doctrinal jurisprudencial colma las exigencias del CEDH. Al respecto CANO PALOMARES, G., “El diálogo entre tribunales y el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (a propósito de la decisión Coban c. España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2006)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 24, 2007.

⁷ Sobre este punto, las SSTC 26/2006, de 30 de enero FJ 5º; 220/2006, de 3 de julio, FJ 2º; 219/2006, de 3 de julio, FJ 2º; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 5º.

⁸ En este sentido ELVIRA PERALES, A., “El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas a golpe de...”, ob. cit., p. 1146; LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado...*, ob. cit., p. 129. En España, el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, (caso *Naseiro*) resulta fundamental en la concreción de los extremos que debe recoger una autorización judicial de intervención de las comunicaciones. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente recogida y en ocasiones perfilada por otras resoluciones del propio Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

⁹ Entre otras, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7º; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4º; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2º). La motivación es exigible también cuando se decide la prórroga de la intervención o nuevas intervenciones acordadas sobre la base de datos obtenidos durante una intervención autorizada previamente (por todas, STC 26/2010, de 27 de abril, FJ 2º).

¹⁰ Únicamente en los casos de suspensión se podría prescindir de lo que es una autorización judicial propiamente dicha, aunque no de la necesaria intervención judicial (aunque sea *a posteriori*). Por ello resulta inconstitucional la regulación contenida en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica Penitenciaria que faculta al Director del establecimiento

cisión posible cuáles son las razones jurídicas y fácticas que justifican la intervención, es decir, cuál es el presupuesto legal habilitante de la intervención y cuáles los presupuestos materiales que la estimulan. En este último sentido, la resolución judicial debe concretar los datos objetivos indiciarios de la posible comisión de un hecho delictivo. Es decir, la intervención de las comunicaciones durante un sumario únicamente se puede producir cuando existan indicios o datos suficientes dotados de una objetividad bastante como para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal¹¹. Porque dicha intervención no se puede producir con un fin meramente prospectivo, es decir, “para ver qué pasa y no porque en realidad se pueda decir que ha pasado o esté a punto de pasar algo relevante”¹².

La intervención, además, así lo han dicho tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo, solamente es posible en los supuestos de presunta comisión de un hecho delictivo grave (nunca por ilícitos administrativos e ilícitos penales leves). La gravedad de la infracción punible no viene determinada solo por la calificación de la pena legalmente prevista (aunque sea un factor a considerar), sino que también han tenerse en cuenta otros factores tales como la relevancia social de la infracción y de los bienes jurídicos que protege, debiendo analizarse las circunstancias concurrentes en el momento de su aplicación¹³. Por otra parte, la autorización judicial tiene que explicitar la conexión

penitenciario para decidir sobre la suspensión o intervención de las comunicaciones orales y escritas del preso dando cuenta a la autoridad judicial competente; REVIRIEGO PICÓN, F., “El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: Comunicaciones escritas “entre” reclusos”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26, 2005, p. 576; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, ed. Tecnos, Madrid 2000, pp. 576-577.

¹¹ Sobre esta cuestión se puede encontrar una gran cantidad de jurisprudencia. Haciendo un repaso de la última del Tribunal Constitucional al respecto podemos mencionar, entre otras, las sentencias 5/2010, de 7 de abril, FJ 2º; 26/2010, de 27 de abril, FJ 2º; 148/2009, de 15 de junio, FJ 2º; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4º; 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 4º; 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4º; 26/2006, de 30 de enero, FJ 6º; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4º; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 2º; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3º; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2º; 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3º; 165/2005, de 20 de junio, FJ 4º; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2º; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2º; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11º; 82/2002, de 22 de abril, FJ 3º; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2º; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5º; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3º; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4º; 199/2000, de 11 de diciembre, FJ 4º; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8º. En el ámbito internacional véase, por ejemplo, las SSTEDH de 5 de junio de 1997 (caso *LÜDI*) y de 6 de septiembre de 1978 (caso *KLASS*).

¹² ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Las garantías del imputado en el proceso penal”, *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 6, 2005, p. 20.

¹³ Esta doctrina ha justificado la intervención de las comunicaciones respecto de delitos vinculados con la salud pública (tráfico de drogas), delitos de contrabando de tabaco y aquellos que utilizan tecnología electrónica. Véase, al respecto, las SSTC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 5º a) y b); 104/2006, de 3 de abril, FJ 3º; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ

con el delito de las personas afectadas por la intervención¹⁴, el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, la duración de la medida (el plazo máximo de intervención de las comunicaciones¹⁵), quiénes han de ejecutarla y cómo, y los períodos de rendición de cuentas ante el juez para permitir la fiscalización jurisdiccional de su ejecución así como de los soportes que contengan las grabaciones. En todo caso, y aunque es deseable que la resolución judicial que autoriza la intervención contenga todos estos datos, la jurisprudencia constitucional admite la motivación por remisión, y, así, la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

Ahora bien, la intervención de las comunicaciones en un supuesto como el que nos va a ocupar, relativo a la escucha de las que se producen entre los representantes legales y sus clientes, plantea sus propias especificidades habida cuenta los derechos y bienes constitucionales que se encuentran en juego (el derecho fundamental a la asistencia letrada y defensa técnica, y a su través,

4º; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2º; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3º a), entre otras.

¹⁴ Aunque el Tribunal Constitucional, en determinadas sentencias, ha destacado la importancia de identificar a las concretas personas investigadas como usuarias del teléfono objeto de la intervención, lo cierto es que también ha afirmado que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir no resulta siempre imprescindible (así, no se puede negar legitimidad constitucional a aquellas intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se oriente a su identificación; ni se puede otorgar relevancia constitucional a cualquier error respecto a la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir). Y es que a la vista de los avances en el ámbito de la telefonía –por ejemplo, la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago que dificultan la identificación de los titulares y usuarios al facilitar el intercambio de los teléfonos– esas exigencias resultarían desproporcionadas; SSTC 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3º; 104/2006, de 3 de abril, FJ 5º.

¹⁵ El Tribunal Constitucional, rectificando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha establecido que el plazo debe computarse, por razones de seguridad y para evitar afectar a las necesarias garantías del derecho, desde la fecha de la resolución judicial que autoriza la intervención (y no desde el momento en que la intervención se haga efectiva); inicialmente en la STC 205/2005, de 18 de julio, FJ 5º; ratificándose posteriormente, entre otras, en las SSTC 26/2006, de 30 de enero, FJ 9º; 26/2010, de 27 de abril, FJ 4º. Sin embargo, algunas de estas decisiones del Tribunal Constitucional han venido acompañadas por el voto particular del Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas, quien sosténía que el *dies a quo* debería empezar a computar, normalmente, desde la fecha del Auto que autoriza la intervención, pero también, si fuera distinto, desde el día en que se comunique la autorización a los agentes de policía que hayan de efectuar la diligencia e incluso el día de la efectiva intervención del teléfono (siempre que el tiempo transcurrido desde la comunicación del Auto a la policía y la práctica de la intervención fuera razonablemente breve y justificadas las causas técnicas por las que no pudo llevarse a efecto con más diligencia, y así lo admitiera el órgano jurisdiccional al ejercer el control de dicha restricción del secreto de las comunicaciones).

el más amplio derecho de defensa que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución). En efecto, es evidente que el derecho a comunicar de forma reservada con el Abogado defensor es presupuesto del derecho de defensa. “El letrado no podrá aconsejar correctamente y defender con eficacia a su cliente más que en el caso de que posea un perfecto conocimiento de los hechos; sin embargo, es probable, si no seguro, que ese flujo de información imprescindible para el éxito de la estrategia defensiva no llegue a tener lugar si el imputado alberga la más mínima sospecha de que ciertos datos –y, en particular, aquellos que le incriminan– pueden salir de la esfera de esa relación”¹⁶. Por ello, resulta también evidente que este tipo de comunicaciones deben permanecer prácticamente inmunes a toda restricción¹⁷.

En este sentido, un importante sector doctrinal opina que no es posible intervenir las comunicaciones entre letrados y sus clientes salvo en supuestos excepcionalísimos (como cuando exista constancia de que el abogado, más allá del ejercicio del derecho de defensa, esté cometiendo un acto delictivo)¹⁸. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, teniendo en cuenta la naturaleza privilegiada de las comunicaciones que se producen entre un abogado y sus representados, considera que su intervención solo puede resultar de un juicio de proporcionalidad más estricto del que sería de aplicación a la intervención de cualquier otro tipo de comunicaciones¹⁹. Para este Tribunal, por tanto, es posible su restricción²⁰, si bien siempre lo justifica atendiendo a las circunstancias extraordinarias del caso concreto. Eso sí, esta excepcionalísima medida exigirá una intensificación de los presupuestos a

¹⁶ LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado...*, ob. cit.

¹⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1987, p. 51; RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e...*, ob. cit., p. 123; LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado...*, ob. cit., pp. 375-376.

¹⁸ VELASCO NUÑEZ, E., “Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas; en espera de una regulación parlamentaria del tema”, *Revista de Actualidad Penal*, núm. 18, 1993, p. 258; FERNÁNDEZ ESPINAR, G., “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993, p. 27; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La postulación y los derechos a la tutela y de defensa: la confidencialidad de las relaciones con el Abogado defensor y sus límites”, *Revista de Derecho Político*, núm. 79, septiembre-diciembre 2010, pp. 127-128; LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado...*, ob. cit., pp. 66 y 211-212 (siguiendo a su vez a UBERTIS, A., *Principi di Procedura Penale europea*, Milano, p. 50). Esta autora recoge la doctrina comparada existente al respecto.

¹⁹ Véase, al respecto, las SSTEDH de 15 de noviembre de 1996 (caso *DOMENICHINI*) y de 25 de marzo de 1998 (asunto *KOPP*).

²⁰ Así se ha admitido, entre otras, en sus sentencias de 30 de septiembre de 1985 (caso *Can v. Austria*, ; 20 de junio de 1988 (caso *Schönenberger y Dumaz v. Suiza*); 28 de noviembre de 1991 (caso *S. v. Suiza*); o 22 de abril de 2010 (caso *Radkov v. Bulgaria*).

observar. En primer lugar, requerirá el refuerzo de la exigencia de indicios de criminalidad en la conducta que se imputa al Letrado, y, a continuación, una estricta motivación de la resolución judicial que decida la intromisión, expresa de las circunstancias de las que deriva el indicio de participación en un delito de cierta entidad y el razonamiento que lleva a entender necesario el levantamiento del secreto²¹. Y todo esto, dicho con relación a la intervención de las comunicaciones abogados-clientes, resulta aplicable a las comunicaciones que tienen lugar entre los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales (y con mayor motivo habida cuenta que la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos privados de libertad debe ser especialmente rigurosa como consecuencia de la situación de subordinación en que los coloca la relación de sujeción especial que los vincula con la Administración²²).

Pues bien, el debate sobre el alcance y los límites de la interceptación de las comunicaciones habidas entre los Abogados y sus clientes, y más particularmente, entre los Abogados y sus clientes internos en establecimiento penitenciario, ha recuperado protagonismo en nuestro país a raíz de las escuchas que autorizó el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional (D. Baltasar Garzón Real) de las comunicaciones producidas en el interior de la prisión de Soto del Real entre los imputados en el conocido como caso *Gürtel* y sus representantes legales.

²¹ “Si la medida consistente en la intervención de las comunicaciones debe tener siempre un carácter excepcional, en cuanto suspende el ejercicio del derecho fundamental a mantenerlas en secreto, cuando además concurre otro derecho fundamental como el derecho de defensa, parece claro que las garantías que deben rodear la injerencia deben ser extremadas. Se exigiría, por así decirlo, una “súper-excepcionalidad””; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La postulación y los derechos a la tutela y de defensa: la confidencialidad de las relaciones con el Abogado defensor y sus...”, ob. cit., p. 124.

²² En este sentido véase REVIRIEGÓ PICÓN, R. y BRAGE CAMAZANO, J., “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, segundo semestre 2010, pp. 141-167. Por otro lado, la propia sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012, que ha motivado este escrito, señala que “Cuando los imputados se encuentran en situación de prisión preventiva, el ejercicio del derecho de defensa, mediante la relación con el letrado defensor solo puede tener lugar en el marco de la relación, calificada por una gran parte de la doctrina y la jurisprudencia (STC 2/1987) como de especial sujeción, que el interno mantiene con la Administración penitenciaria. De forma, que el imputado solo podrá comunicar personalmente con el letrado en los espacios habilitados en el centro penitenciario. Es cierto que esta situación ha sido utilizada como explicación para la restricción de los derechos del interno, incluso aun cuando tengan el carácter de fundamentales. Pero si se modifica la perspectiva y se examina la cuestión desde el punto de vista del titular de los derechos, en realidad supone una mayor responsabilidad de la Administración pública, en el caso la penitenciaria, que deberá velar porque solo se restrinjan los derechos del interno en la medida permitida por la ley, o como dice el art. 25.2 CE, por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

Por Auto de fecha de 19 de febrero de 2009, este Magistrado, considerando que en la presunta actividad delictiva podían haber intervenido letrados y que los mismos podían estar aprovechando su condición de tales para actuar como “enlaces” de los imputados con el exterior, ordenó la observación de las comunicaciones personales que mantuvieran los internos Francisco Correa, Pablo Crespo y Antoine Sánchez con todos los letrados que se encontraban personados en la causa u otros que hubieran mantenido entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantuvieran con el letrado D. José Antonio López Rubal, en el centro penitenciario en el que se encontraran o en cualquier otro al que fueran trasladados. La intervención se autorizó por un mes (del 19 de febrero al 20 de marzo de 2009). Posteriormente, por Auto de fecha de 20 de marzo de 2009, prorrogó todas las medidas acordadas en términos similares por un mes más (del 20 de marzo al 20 de abril de 2009). La única diferencia fue la omisión de toda mención al letrado D. José Antonio López Rubal, sustituido en los primeros días del mes de marzo por otro abogado, tras haber puesto de manifiesto el propio Juzgado a los imputados en prisión su posible incompatibilidad por la imputación del mismo en el caso (téngase en cuenta, además, que entre el primer auto judicial de autorización de dicha intervención y el segundo de prórroga fueron nombrados nuevos Abogados y que la medida también les afectó). Finalmente, por Auto de fecha de 27 de marzo de 2009, con el que pretendía salvar cualquier sospecha de ilicitud sobre esta intervención por vulneración del derecho de defensa, acordó excluir de la pieza las transcripciones entre los imputados y sus letrados que se hubieran referido exclusivamente a sus estrategias de defensa.

Precisamente, la vulneración del derecho fundamental a la defensa, con la consiguiente imposibilidad de tomar en consideración como prueba los resultados obtenidos, fue el argumento que llevó a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a declarar la ilicitud de las escuchas por Auto de fecha de 25 de marzo de 2010²³. Además, el Magistrado Instructor que las autorizó ha sido sometido a una causa penal por prevaricación e intercepción ilegal de las comunicaciones que ha resuelto recientemente la Sala segunda del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero de 2012²⁴,

²³ La apelación contra las decisiones del juez Garzón se admitió por providencia de 28 de diciembre de 2009 y se resolvió favorablemente para los recurrentes por Auto de 25 de marzo de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (con el voto particular en contra del magistrado D. José Manuel Suárez Robledano).

²⁴ El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2010 admitió a trámite la querella presentada contra el Magistrado Instructor al que nos venimos refiriendo. Por su parte, el Auto de 13 de abril de 2010 desestimó el recurso de súplica que incoó el Ministerio Fiscal contra esta resolución, al que se adhirieron la defensa del querellado, y, por consiguiente, confirmó el Auto de admisión a trámite de la querella. El Auto de imputación, también del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2010, se justifica por presuntos delitos de prevaricación y uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales. El Juez Instructor de esta causa, el Magistrado de la Sala segunda del Tribunal

de la que ha sido ponente el Excelentísimo Señor D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, y que ha concluido con la condena, por unanimidad, de D. Baltasar Garzón Real por un delito de prevaricación dolosa del artículo 446.3º, en concurso aparente de normas con un delito del artículo 536, párrafo primero, que regula el delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación, con violación de las garantías constitucionales, ambos del Código Penal.

La condena del Magistrado se basa, tanto en su falta de actuación *secundum legem*, es decir, en la ausencia de una cobertura legal previa en la que apoyar la medida, como en una adopción genérica de la misma en un contexto, además, de ausencia absoluta de indicios contra la mayoría de los letrados afectados. En todo caso, el intérprete supremo de la legalidad ordinaria considera especialmente trascendente, para condenar, esta absoluta falta de indicios cuando lo cierto es que la inexistencia de cobertura legal es causa suficiente para justificar una resolución de condena. De cualquier forma, no está de más que el Supremo recuerde en esta sentencia que una autorización judicial de intervención de las comunicaciones es una decisión tan relevante desde el punto de vista de la afectación sobre determinados derechos fundamentales que solo se puede adoptar cuando resulta absolutamente necesaria (por haber fracasado otros medios de investigación) y existan estos indicios.

II. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE FEBRERO DE 2012

1. La afectación del derecho de defensa

La sentencia de 9 de febrero de 2012 de la Sala segunda del Tribunal Supremo recoge, como hecho probado, que D. Baltasar Garzón tenía pleno conocimiento de la afectación que sus autorizaciones de intervención de estas comunicaciones estaban produciendo en el derecho de defensa (sobre el particular, especialmente, su fundamento jurídico segundo).

En efecto, que el entonces Magistrado era consciente de esta situación lo evidencia, no sólo el empleo de la fórmula “previniendo el derecho de defensa” que utiliza de forma insistente, o la exclusión de la pieza de las transcripciones entre los imputados y sus letrados que se hubieran referido exclusivamente a sus estrategias de defensa que incorpora en el último de sus Autos, sino también que debiera pronunciarse y ratificarse, en diversas oca-

Supremo, D. Alberto Jorge Barreiro, acordó la apertura del juicio oral contra el acusado por Auto de fecha de 2 de abril de 2011. El Ministerio Fiscal interesó que se dictara Auto de sobreseimiento libre por no estimar la existencia de delito. Las acusaciones particulares en nombre de D. Ignacio Peláez, D. Francisco Correa y D. Pablo Crespo entendieron que se había incurrido en los delitos recogidos en los artículos 446.3 y 536.1 del Código Penal y solicitaron la condena.

siones, sobre la intervención de las comunicaciones que tenían lugar entre los internos en establecimiento penitenciario afectados por la medida y sus representantes legales. En este sentido, cuando la Dirección General de Instituciones Penitenciarias recibió comunicación de su primer Auto de 19 de febrero de 2009 sobre su grabación, solicitó aclaración respecto a si las comunicaciones con los letrados, a las que se hacía referencia en el Auto, debían ser grabadas (esto es, la propia dirección penitenciaria detectó ya, desde el inicio, la problemática que planteaba la autorización judicial y solicitó la confirmación del juez al respecto). A ello contestó afirmativamente D. Baltasar Garzón. Por su parte, los funcionarios policiales le solicitaron una aclaración sobre cómo había de procederse al efecto de hacer efectiva la cláusula “previniendo el derecho de defensa”, a lo que se contestó que habían de limitarse a recoger las cintas, escuchar lo grabado, transcribir todo su contenido excluyendo las conversaciones privadas sin interés para la investigación y proceder a su entrega en el juzgado, ocupándose el propio Magistrado de lo que procediera en orden al cumplimiento de dicha cláusula.

De nuevo, el derecho de defensa se invoca con ocasión de la solicitud de la prórroga de la medida. Esta vez por parte del Ministerio Fiscal, que en su informe no se opone a la prórroga siempre y cuando se decida “con expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados, y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa”²⁵. Con este informe del Fiscal, D. Baltasar Garzón acordó la prórroga por Auto de 20 de marzo de 2009 sin añadir, como el propio Tribunal Supremo se encarga de señalar, cautela especial alguna para la salvaguarda del derecho de defensa, más allá de la persistencia en la utilización de la cláusula “previniendo el derecho de defensa”. Una vez autorizada la prórroga, el Ministerio Fiscal vuelve a emitir un informe en el que reitera el contenido del anterior “e interesa, con la misma finalidad, que, en lo sucesivo se excluyan de la causa todas aquellas comunicaciones que se refieren exclusivamente al ejercicio del derecho de defensa de aquellos”. Dicho informe fue el que dio lugar a un nuevo Auto con fecha de 27 de marzo de 2009, en el que disponía “excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez y sus letrados y que se refieran en exclusiva a sus estrategias de defensa”. En cumplimiento de lo dispuesto, el funcionario encargado de la tramitación de la causa, por orden verbal del Magistrado, que le comunicó que siguiera las indicaciones de uno de los representantes del Ministerio Fiscal en la causa que en ese momento se encontraba en las dependencias del juzgado, procedió, según éste le indicó, a suprimir distintos párrafos de las

²⁵ En concreto, el Fiscal afirma que una parte importante de las transcripciones se refieren en exclusiva a las estrategias de defensa, y, por tanto, deben ser excluidas del procedimiento (enumera, en concreto, las conversaciones que deben desglosarse necesariamente de la causa).

transcripciones de las conversaciones mantenidas por los internos y sus abogados defensores en los locutorios de la prisión.

Es evidente, por otra parte, que la confidencialidad de la relación existente entre los representantes legales y sus clientes, instrumental respecto del derecho de defensa, es presupuesto para la existencia de un proceso contradictorio y equitativo (esto es, caracterizado por el principio de igualdad de armas)²⁶. En el proceso inquisitivo, la posición del presunto culpable aparece completamente subordinada al rol preponderante de la acusación (por ello se dice que nos encontramos realmente ante un objeto del proceso y no ante un auténtico sujeto del mismo), y, en consecuencia, el papel de la defensa se presenta como absolutamente irrelevante, o peor todavía, como un obstáculo para la buena marcha del juicio. El modelo procesal acusatorio (o cognoscitivo o garantista como también lo ha denominado FERRAJOLI²⁷), o el modelo procesal mixto que finalmente fue el que se impuso en la Francia napoleónica, y, desde allí, en el resto de Europa, podrían definirse –si bien más el primero– por oposición al sistema inquisitivo. En ambos supuestos (acusatorio puro y mixto), la relación entre la acusación y el acusado sufre una transformación cualitativa ya que se consagra el principio de la presunción de inocencia colocando así al acusado al mismo nivel que la acusación. A partir de este momento, ambos, acusación y acusado, actúan en el mismo plano, y, por consiguiente, el principio de igualdad de armas ha de regir su acción durante un proceso contradictorio que se desarrolla sobre la base de las pruebas que aporta la acusación y la consiguiente refutación de las mismas procedente de

²⁶ En la sentencia del TEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Viola contra Italia* (61), se decía que “...el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad (Sentencia S. contra Suiza de 2 de noviembre de 1991, serie A núm. 220, pág. 61, ap. 48)”. Igualmente, sobre la confidencialidad de las relaciones entre el imputado defensor y su letrado defensor como elemento esencial del proceso pueden consultarse las sentencias del TEDH *Castravel contra Moldavia*, de 13 de marzo de 2007; y *Foxley contra Reino Unido*, de 20 de junio de 2000.

²⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 566-567. En el caso que venimos analizando, el Tribunal Supremo recuerda además, con relación al Instructor en un proceso penal, a quien compete la dirección de la investigación, que “no le corresponde ocupar una posición propia o característica de un enemigo del investigado, estando, por el contrario, obligado a “...consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo...” (artículo 2 LECrim). Además, resulta encargado de la protección de los derechos fundamentales del imputado, en tanto que la Constitución, ordinariamente, condiciona su restricción a la existencia de una resolución judicial debidamente motivada. Por lo tanto, en ningún caso su responsabilidad resultaría mermada por el hecho de que la medida le hubiera sido solicitada. De todos modos, el acusado asumió haber dictado los autos de 19 de febrero y de 20 de marzo como una decisión propia”.

la defensa. Ello exigirá, naturalmente, ya lo hemos anticipado, que se respete la confidencialidad de las relaciones de los Abogados con sus representantes, y, a su través, el derecho de defensa²⁸. Como señala el Supremo en esta sentencia de 9 de febrero de 2012, resulta fácil entender que si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde gran parte de su eficacia. A ello abría que añadir el efecto disuasorio (*chilling effect*) que podría generar la legitimación de este tipo de actuaciones judiciales de intervención de las comunicaciones de los abogados con sus representados (ya que sus conversaciones –orales y/o escritas– para diseñar la estrategia de defensa no podrán fluir libremente con la sospecha de que su interceptación se puede producir en cualquier momento y no, única y exclusivamente, en supuestos extraordinarios).

El intérprete supremo de la legalidad ordinaria nos recuerda, igualmente, en el fundamento jurídico preliminar de esta misma resolución, que “el derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías” y que “no es posible construir un proceso justo si se elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar *especialmente justificadas*”²⁹ (ya hemos visto cómo los bienes y derechos constitucionales que se encuentran en juego en este caso exigen del órgano juzgador competente para decidir al respecto una especial dosis de rigurosidad en cuanto al cumplimiento de los requisitos exigidos para adoptar la medida)³⁰. A su juicio, la conducta de D. Baltasar Garzón ha causado “una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo”, y, de forma contundente, lapidaria, afirma que su actuación ha colocado al “proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en los régimen totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa, o se supone que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para

²⁸ Sobre el derecho de defensa como principio fundamental de la Unión puede verse la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de septiembre de 2010 (caso *Azko y Akcros/Comisión*).

²⁹ La cursiva es añadida.

³⁰ En las conversaciones entre letrados-clientes no sólo está en juego la comunicación libre entre las personas, sino también la comunicación para preparar la defensa. Por ello, el TEDH ha reconocido, como algo imperativo para los Estados, un “estatuto privilegiado” para tales comunicaciones (por ejemplo, sentencia del TEDH de 30 de enero de 2007, caso *Erincy y Akalin c. Turquía*); REVIRIEGO PICÓN, R. y BRAGE CAMAZANO, J., “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus...”, ob. cit., p. 69.

los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido” (en el fundamento jurídico décimo-segundo, apartado cuarto). Por otro lado, la actuación del D. Baltasar Garzón, también habría lesionado, según el Supremo (en breve pasaremos a desgranar sus argumentos), derechos tales como el derecho a no auto incriminarse o a no declarar contra uno mismo, la intimidad y el secreto profesional.

En cuanto al empleo de la expresión “previniendo el derecho de defensa” que utiliza insistentemente D. Baltasar Garzón Real, el Tribunal entiende que de ella no se desprende una verdadera intención de prevenir el derecho de defensa y la califica como una cláusula meramente formal. Tampoco podría valorarse como protección del derecho de defensa la supresión de algunos párrafos de las conversaciones una vez que han sido escuchadas por los funcionarios policiales responsables de la investigación, los cuales, añade, ni siquiera fueron requeridos para que no las utilizaran en sus informes o conclusiones o líneas de investigación³¹. Y es que, “no es preciso (...) que aparezca un aprovechamiento expreso mediante una acción concreta y directamente relacionada con lo indebidamente sabido, pues basta para lesionar el derecho de defensa con la ventaja que supone para el investigador la posibilidad de saber (y con mayor razón el conocimiento efectivo), si el imputado ha participado o no en el hecho del que se le acusa, saber si una línea de investigación es acertada o resulta poco útil, saber cuál es la estrategia defensiva, cuáles con las pruebas contrarias a las de cargo, o incluso conocer las impresiones, las necesidades o las preocupaciones del imputado, o los consejos y sugerencias que le hace su propio letrado defensor. Se trata de aprovechamientos más sutiles, pero no por eso inexistentes³². Basta, pues, con la escucha, ya que desde ese momento se violenta la confidencialidad, elemento esencial de la defensa”³³.

³¹ El Supremo continúa afirmando, en su FJ 10º, que dicha supresión únicamente cobraría sentido en los supuestos en los que, como consecuencia de una intervención de las comunicaciones, se intervienen *accidentalmente* conversaciones entre los letrados y sus clientes relativas a la estrategia de defensa. *Sensu contrario*, la supresión no puede ser considerada en relación con una resolución orientada directamente al conocimiento del contenido de tales comunicaciones, pues la exclusión solo puede producirse una vez oídas las conversaciones y desde ese momento el investigador ya conoce el contenido de lo hablado.

³² Así afirma que “una vez que la policía, el juez instructor y el fiscal del caso oyen las conversaciones entre el imputado y su letrado defensor, la exclusión de las mismas de la causa sólo evitan su utilización como prueba, pero no su empleo, expreso o tácito durante la investigación en la fase de instrucción”.

³³ El Tribunal Supremo recoge inmediatamente después la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos al respecto. En concreto, este Tribunal ha señalado que la injerencia existe desde la interceptación de las comunicaciones sin que importe la posterior utilización de las grabaciones (STEDH de 25 de marzo de 1998, asunto *Kopp contra Suiza*).

2. La condena por prevaricación de D. Baltasar Garzón en el caso Gürtel

2.1. Consideraciones preliminares sobre la exigencia de responsabilidad penal del juzgador por el ejercicio de la función jurisdiccional

La sujeción del juez a criterios de racionalidad en el momento de la valoración de la prueba y al ordenamiento jurídico en la resolución del conflicto jurídico no es solo un deber constitucional. También es un elemento imprescindible para aportar legitimidad a su actividad. Por tanto, el juez es responsable por la aplicación del Derecho, y debe responder también por una valoración correcta, racional, de la prueba. Brevemente, podríamos decir que la actuación judicial ajena a criterios de racionalidad y/o al ordenamiento jurídico debe generar, en línea de principio, la responsabilidad del juzgador.

Ahora bien, esta última afirmación plantea interrogantes desde el momento en que se acepta –como es nuestro caso– la tesis de la discrecionalidad judicial³⁴. Si admitimos que no es posible mantener el sistema deductivo de valoración de la prueba, esto es, aquél que proporciona una certeza absoluta si se ha partido de la premisa correcta, ni la existencia de una actividad silogista-mecanicista de la interpretación y aplicación de la norma; si admitimos que resulta posible hablar de varias soluciones fácticas e interpretativas aplicables a un mismo supuesto jurídico (que no existe, por tanto, la unidad de solución correcta), entonces... ¿qué otra cosa hacer sino reconocer que existen límites a la exigencia de la responsabilidad judicial?

La valoración de la prueba y la interpretación del Derecho ofrecen márgenes de discrecionalidad al juzgador y su elección, amparada por el principio de la independencia judicial, si bien opinable, no puede ser, a priori, calificada como una inobservancia de los deberes del cargo. Además, esta discrecionalidad de la que “disfrutan” jueces y magistrados para valorar los resultados fácticos y aplicar el Derecho hace realmente complicada la tarea de discernir dónde están los límites a partir de cuya trasgresión se podrá aludir a una responsabilidad de los mismos por incumplimiento de su función, si bien no es posible plantear ninguna objeción a la tesis según la cual, sobrepasados determinados límites lógicos en la actividad valorativa e interpretativa que realizan, la responsabilidad se concilia con el principio de la independencia judicial³⁵. En este sentido, el Tribunal Supremo acaba de volver a recordarnos, en su sentencia de 9 de febrero de 2012 y

³⁴ Sobre la naturaleza híbrida de la función jurisdiccional, normativa y descriptiva, MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a L., “La aplicación judicial del Derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008.

³⁵ En este sentido FASSONE, E., “Il giudice tra indipendenza e responsabilità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, I, 1980, p. 24. En un sentido absolutamente contrario, con una tesis que no podemos compartir, véase GIACOBBE, G., “La responsabilità del giudice: A proposito di una recente proposta di legge”, *In Iure Praesentia*, 1980, pp. 27-32. Considera que hay soberanía en los órganos que ejercen las funciones del Estado (una soberanía más allá del pueblo?) y esto le permite excluir cualquier tipo de responsabilidad

con relación a la actuación judicial *secundum legem*, que “En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder Judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de la aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo (...). Desde esta perspectiva, la previsión legal del tipo de prevaricación no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez (...).” Eso sí, para no incidir negativamente en el principio de independencia judicial, solo será posible reclamar responsabilidad al juez cuando su alejamiento de una correcta valoración de la prueba o de una aplicación de la norma se produce mediando dolo o, cuando menos, culpa grave, esto es, cuando se constata la falta siquiera de una mínima diligencia en el actuar del juzgador que le hubiera podido llevar a uno de los posibles resultados ofrecidos por el ordenamiento jurídico o a una valoración de la prueba apoyada en algún criterio de racionalidad. La existencia de este tipo de culpa dependerá, naturalmente, del grado con el que la decisión aparezca predeterminada por las normas aplicables al caso y de la claridad del material probatorio. A efectos penales, por tanto, sólo podrán tomarse en consideración las interpretaciones imposibles del ordenamiento jurídico³⁶ y los resultados probatorios manifiestamente improbables.

En este sentido, como veremos al analizar el elemento objetivo del ilícito recogido en el artículo 446 del Código penal, la jurisprudencia –también la doctrina mayoritaria– suelen exigir que la contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico sea patente y evidente, a pesar de que dicho precepto no emplea un adverbio del tipo “manifiestamente” (lo mismo cabría señalar sobre la necesidad de una evidente irracionalidad en el resultado de la valoración de la prueba³⁷). A nuestro juicio no cabe otra

por el contenido del ejercicio de la función jurisdiccional, incluso en los casos patológicos de macroscópicas violaciones. Por otro lado, sobre el entendimiento complementario de las categorías de la independencia y la responsabilidad judicial, puede consultarse MARTÍNEZ ALARCÓN, Mª L., *La independencia judicial*, CEPC, Madrid, 2004, p. 327 y ss.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho del Derecho Penal*, 20 ed., ed. Aranzadi, Pamplona 1999, p.1319; CUELLO CONTRERAS, J., “Jurisprudencia y prevaricación”, *RJELL*, 1-1993, p. 1042. En sentido contrario, con una interpretación que no compartimos, véase SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.), *Código Penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada 1999, p. 1763; BELLO LANDROVE, F., “Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en el delito de prevaricación en el Código Penal español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977, p. 254.

³⁷ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación...*, ob. cit., p. 120. Por su parte, el artículo 447 CP sanciona con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por

alternativa. Las diversas posibilidades interpretativas que ofrece el ordenamiento jurídico y las diversas posibilidades valorativas que ofrecen las pruebas y la independencia del juez para optar por la que considere más correcta, unido a la creciente complejidad del material probatorio y del sistema normativo, nos obligan a admitir la tesis de que solo en los casos de palmaria ilegalidad e irracionalidad, cuando la decisión judicial no es justificable de ninguna forma, y además, se produce mediante dolo, estamos ante la prevaricación prevista en el artículo 446 del Código penal. Esto es, para sancionar por prevaricación es preciso que no exista ningún argumento racional o jurídico razonable para sustentar la decisión. Y recordemos que D. Baltasar Garzón ha sido condenado por el delito recogido en el artículo 446.3 del Código penal, el cual dispone que “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: (...) 3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injusta”.

2.2. El elemento objetivo del ilícito: La ausencia de una conducta racional y secundum legem

En el ordenamiento jurídico español, el único tipo penal que sanciona comportamientos que son fruto de un incorrecto ejercicio del *qué* de la función jurisdiccional, es el de prevaricación (sólo en este supuesto estamos ante infracciones delictivas del deber de decidir de forma imparcial y *secundum legem* y del deber de utilizar parámetros racionales en el examen del material probatorio)³⁸. Con relación al juicio *secundum legem*, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, fundamento jurídico tercero a)³⁹, señalaba que “El delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho”⁴⁰.

tiempo de dos a seis años al juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta. Así pues, solo en aquellos supuestos en los que ha existido una macroscópica violación del ordenamiento jurídico y de la racionalidad en el juicio probatorio y respecto de los cuales, por tanto, una mínima diligencia por parte del operador jurídico hubiera bastado para salvar el error, es posible sancionar penalmente al operador jurídico.

³⁸ Como señala la profesora GARCÍA ARÁN, el análisis del bien jurídico debe partir del estudio de las funciones del Estado en nuestro marco constitucional, y, si bien es cierto que con anterioridad a la aprobación de la Constitución española de 1978 primaba la condición funcionarial del sujeto activo del tipo sobre la dimensión objetiva de la función que prestaba lo que desembocaba, finalmente, en situar el bien jurídico protegido de este delito en la relación funcionarial entre el Estado y el juez, lo cierto es que hoy se destaca como contenido esencial del ilícito penal la lesión de la función, GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 39, 446-48, 55.

³⁹ RJ 1999, 7176.

Por consiguiente, el concepto de injusticia del ilícito de prevaricación recogido en el artículo 446 del Código Penal (la acción de dictar resolución injusta), “se determina objetivamente confrontando la resolución con el ordenamiento [y con criterios de racionalidad en el momento probatorio] y careciendo de relevancia si el juez resuelve o no contra su conciencia o su personal concepto de justicia supralegal”. La teoría subjetiva según la cual se produce prevaricación cuando el juez resuelve contra su propia convicción y que, por tanto, permite resolver al juzgador conforme a conciencia y en contra de la ley o de cualquier canon de racionalidad sin prevaricar, desemboca en la inexistencia de la vinculación a la ley y a determinados criterios de racionalidad y es incompatible con el bien jurídico que pretende proteger el tipo penal⁴¹. Por lo demás, la interpretación objetiva del ilícito, y la consiguiente negación de su interpretación subjetiva, es la que defiende nuestro Tribunal Supremo. La sentencia de la Sala segunda de este órgano judicial, de fecha 9 de febrero de 2012, señala que la configuración del elemento del tipo objetivo, “viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría delito poniendo el acento en la actitud o en la convicción del juez al resolver, y prescindiendo de que la resolución sea objetivamente conforme a la ley”. Desde este punto de vista, es evidente que “... la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de justicia (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere”⁴².

⁴⁰ En el fundamento jurídico tercero d) de esta misma resolución además se afirmaba que el quebrantamiento del Derecho es de mayor gravedad atendiendo a la jerarquía del derecho vulnerado (es muy discutible el empleo del concepto de jerarquía al hablar de derechos) y a la importancia de las consecuencias de la infracción para los derechos fundamentales de las partes. Por otra parte, sujeto activo de la conducta son los jueces y magistrados, no siendo necesario que éstos pertenezcan a la carrera judicial (el dato básico para que el delito se cometa es que estén realizando funciones jurisdiccionales). Y, a diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior, actualmente no ofrece duda alguna el hecho de que las decisiones injustas se sancionan todas independientemente de su clase (se sancionan, por tanto, las sentencias, autos y providencias injustos).

⁴¹ Conforme a la teoría subjetiva, “la vinculación con la ley es prácticamente inexistente, el juez está obligado, no a la aplicación de la misma, sino a la realización de un concepto metalegal de justicia que ni siquiera debe ser constatable objetivamente, sino que se sitúa en su propia conciencia. Además de concebir este delito como una mera actitud interna, lo cual ya es criticable, supone partir de la idea de que la aplicación del Derecho es una suerte de magma indescifrable ante el que los jueces no deben sino seguir sus impulsos animáticos para hacer justicia”; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación...*, ob. cit., pp. 107-108. Véase, igualmente, LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, ed. Eujuris, Madrid, 1996, p. 187; CUELLO CONTRERAS, J., “Jurisprudencia y...”, ob. cit., pp. 1045 y 1048.

⁴² En jurisprudencia anterior: “El delito de prevaricación judicial se comete cuando un Juez o Magistrado, a sabiendas, dictare una resolución injusta, en el sentido de contraria a

Por otro lado, a efectos penales, y tal y como ha vuelto a recordar esta misma resolución, en su fundamento jurídico 5º.2, “la jurisprudencia (...) ha venido insistiendo en que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos admitidos en Derecho”, y que, en definitiva, “se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad”⁴³. “Naturalmente se podrá discutir si en un caso concreto es más adecuada una interpretación teleológica que otra gramatical, lo que no es discutible es que las decisiones basadas en la propia convicción empecinada del juez, sin fundamento racional en la ley, son incompatibles con el Estado democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española)”⁴⁴.

Derecho, y sin que para valorar penalmente esa conducta proceda tener en cuenta los designios, propósitos o intenciones que le hubieran guiado al realizarla”; ATS de 16 de junio de 1998, FJ primero (RJ 1998\5377). “La injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho, no obrar según su propia idea de la Justicia”; STS de 15 de octubre de 1999, fundamento jurídico tercero b) (RJ 1999\7176). Igualmente, en la STS 2338/2001 se decía: “En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las STS de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/1996, de 4 de julio, en Causa Especial 2830/1994, 155/1007 y la última, más completa y reciente la 2/1999, de 15 de octubre en Causa Especial 2940/1997, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma mereza tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que puedan ser jurídicamente defendibles”. Recordemos, por otro lado, que D. Baltasar Garzón alegó durante el proceso penal que su conducta venía motivada, no tanto porque entendiera que detrás de la misma había una cobertura legal que la respaldara, sino por su intención de luchar de forma efectiva contra la posible comisión de delitos.

⁴³ La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012 se remite en estos momentos a la STS 2/1999, en la que se decía que el apartamiento del Derecho “... será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho”.

⁴⁴ STS de 15 de octubre de 1999, fundamento jurídico tercero d) sobre cuestiones de fondo (RJ 1999\7176). Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1996, reclama, para que se produzca este tipo penal, una flagrante ilegalidad que ponga de manifiesto la indudable irracionalidad de la resolución de que se trate. En parecidos términos véase las SSTS de 26 de marzo de 1992 (RJ 1992\2475); de 10 de abril de 1992 (RJ 1992\2954); de 25 de marzo de 1995 (RJ 1995\2236); de 10 de julio de 1995 (RJ 1995\5400); 257/1997 (RJ 1997\1822; 61/1998, de 27 de enero (RJ 1998\98); 1417/1998 (RJ 1998\10402). No toda infracción de normas legales acarrea la responsabilidad criminal, dado que el elemento del tipo penal es la resolución injusta, no la simple resolución ilegal”; STS de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\5961) y ATS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\7363). “La revocación de resoluciones a los Jueces por sus superiores funcionales no implica ‘per se’ conducta prevaricadora de aquellos”, STS de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\2426).

Pues bien, en el caso que venimos analizando, la sentencia del Supremo de 9 de febrero de 2012 concluye que resulta absolutamente evidente cuál es la norma aplicable al supuesto fáctico así como su interpretación (que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional asumida –como no podía ser de otra forma– habida cuenta su naturaleza de fuente del Derecho– también por el intérprete supremo de la legalidad ordinaria).

Con relación a la primera cuestión, el Tribunal Supremo ha concluido que la norma aplicable sería el precepto especial recogido en el artículo 51, párrafo segundo de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el único que –coincidimos con el órgano judicial– se refiere a los límites de la confidencialidad de las comunicaciones de los presos con sus letrados cuando establece que “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”⁴⁵.

En efecto, la interpretación según la cual resultaría plausible considerar que el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria se refiere a medidas de régimen penitenciario permitiendo así la intervención de este tipo de comunicaciones por razones de seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario o el interés del tratamiento, mientras que el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendría como ámbito de aplicación las medidas de investigación sumariales⁴⁶, resulta inviable a la luz de la interpretación que el

⁴⁵ La STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 5º, establece que “el sistema de garantías reforzado para la intervención del artículo 51.2 de la LOGP comprende las comunicaciones escritas, del tipo que sean, entre preso y Abogado, y que la alusión de dicho apartado a la celebración en departamentos apropiados no supone una exclusión de las comunicaciones escritas, sino una mera especificación del modo en el que deben celebrarse las orales”.

⁴⁶ La opción por un precepto u otro (art. 51.2 LOGP o 579 LECrime) no resulta inocua pues, en efecto, parece que la aplicación del artículo referido del código procesal criminal podría ofrecer cobertura legal a una actuación judicial de estas características (intervención de las comunicaciones entre Abogados y clientes más allá, incluso, de los delitos de terrorismo). En concreto, el Ministerio Fiscal recurrió a la aplicación de este precepto para justificar los Autos de D. Baltasar Garzón, tanto ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como ante el propio Tribunal Supremo. Por otra parte, los Autos del Magistrado Instructor que decidieron la intervención de estas comunicaciones, y su prórroga, aludían exclusivamente al artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria y en ningún caso al artículo 579 LECrime. Sólo posteriormente, reproduciendo la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal, y, probablemente, convencido de la dificultad para justificar su actuación con base en la Ley penitenciaria según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, alega la aplicación del precepto del Código procesal criminal. Por otra parte, el Auto de imputación del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2010 también defiende la aplicación del artículo 579 LECrime (que, según dicho auto, podría haber servido de cobertura a la actuación de D. Baltasar Garzón si no hubiera sido porque ésta se produjo en un contexto de ausencia absoluta de indicios). No es ésta, por cierto, la tesis que finalmente recoge el Tribunal Supremo en la

Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 51.2 del texto penitenciario cuando ha sostenido, en su sentencia 183/1994, de 20 de junio⁴⁷, que el único fin que justifica las escuchas de las comunicaciones habidas entre los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales es la persecución del delito y no, por tanto, la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario o el interés del tratamiento⁴⁸.

Por otra parte, la interpretación constitucional consolidada de la norma aplicable al caso, asimismo asumida por el Tribunal Supremo⁴⁹, excluía de raíz su utilización a un caso como el que se planteaba en esta ocasión. Según el Tribunal Constitucional, los dos presupuestos recogidos en el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria (orden de la autoridad judicial y supuestos de terrorismo) funcionan, a efectos de autorizar la intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales, como condiciones acumulativas (no alternativas). En concreto, en su sentencia 183/1994, de 20 de junio, corrigiendo una decisión propia anterior⁵⁰, considera

sentencia de condena del acusado de 9 de febrero de 2012. Un análisis detenido y una crítica del Auto de imputación del Supremo de 19 de octubre de 2010 en REVIRIERO PICÓN, F. y BRAGE CAMAZANO, J., “Relación de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus...”, ob. cit., pp. 80-86.

⁴⁷ En el mismo sentido véase la sentencia del Tribunal Supremo 538/1997, de 23 de abril o la propia sentencia de este mismo órgano judicial de 9 de febrero de 2012, FJ 8º. Asimismo, un sector muy numeroso de la doctrina constitucional española. A saber: MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del...*, ob. cit., pp. 133-140; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed. ed. Civitas, Madrid, 1982, p 175; MARCHENA GÓMEZ, M., “La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado. (A propósito del Auto de la Audiencia Nacional de 20-12-1993)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 47, 1994, p. 34.

⁴⁸ Sobre esta cuestión, con algo más de detalle, MARTÍNEZ ALARCÓN, Mª L., “El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011, pp. 147-150.

⁴⁹ En sus sentencias 145/1995, de 6 de marzo; 538/1997, de 23 de abril (RJ 1997/3259), y también, aunque como *obiter*, 513/2010. También habría que mencionar la propia sentencia del Supremo de 9 de febrero de 2012, FJ 8º.

⁵⁰ Es cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional 73/1983, de 30 de junio, si bien en una declaración *obiter dictum*, realizó una interpretación extensiva del precepto en virtud de la cual se entendía que los presupuestos recogidos por el artículo 51.2 de la LOGP funcionaban alternativamente de tal forma que la intervención de estas comunicaciones podía autorizarse, bien por la autoridad penitenciaria en los supuestos de terrorismo (esto es, por el Director del establecimiento penitenciario), bien por la autoridad judicial en el resto de supuestos delictivos (que naturalmente debían consistir en tipos delictivos que revistieran cierta entidad). Algo más de una década más tarde, el Tribunal Constitucional rectificó su interpretación de la norma considerando que la doctrina sostenida en el año ochenta y tres no se ajustaba al sentido más estricto y garantista para el derecho fundamental (en concreto, y como puede comprobarse en el texto principal, en el año 1994). En todo caso, antes de esta rectificación del año noventa y cuatro, el Auto

que el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria permite la suspensión e intervención de las comunicaciones del recluso con sus representantes legales en un único supuesto delictivo y solamente cuando, además, es ordenada judicialmente⁵¹. Así pues, el régimen específico de esta intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario y sus representantes legales desemboca, con la nueva interpretación constitucional, en una radical disminución de las posibilidades de someterla a limitación (solamente en el caso de delitos de terrorismo y, necesariamente, por mediación de una autorización judicial)⁵².

Es cierto, por otra parte, que algún sector doctrinal –si bien minoritario⁵³– ha defendido la aplicación del artículo 579 del Código procesal Criminal. Además, los autores que se han pronunciado sobre la interpretación de estas dos condiciones recogidas en el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria no lo han hecho de forma unánime (existen opiniones contrapuestas tanto antes como después del viraje jurisprudencial del Constitucional del año noventa y cuatro). En efecto, no todos defienden la acumulación de estos dos requisitos sino que, antes bien, los presentan como alternativos por diversas razones (recurriendo a la interpretación conforme a la voluntad del legislador –especialmente, ARRIBAS LÓPEZ⁵⁴, o poniendo de manifiesto la incoherencia que

de 20 de diciembre de 1993 (caso *Gorostiza*) de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya había contradicho las afirmaciones vertidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 73/1983 (considerando que no cabía autorización administrativa en los delitos de terrorismo). Un comentario de este Auto puede verse en MARCHENA GÓMEZ, M., “La inferencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado. (A propósito del Auto de la Audiencia Nacional...)”, ob. cit., pp. 298-299.

⁵¹ Reitera esta doctrina en las sentencias 197/1994, de 4 de julio, o 58/1998, de 16 de marzo.

⁵² LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado...*, ob. cit., pp. 261-262. Una valoración positiva de este cambio de jurisprudencia en MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a L., “El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes...”, ob. cit., pp. 152-154.

⁵³ CARRILLO, M., “El juez ante las escuchas telefónicas”, *El País*, 25 de marzo de 2010. Nosotros, por el contrario, compartimos plenamente la opinión sostenida por PELAYO, para quien la Ley Orgánica de Régimen General Penitenciario no es una especie de “norma administrativa” (tal y como algunos pretenden). Es una Ley Orgánica porque regula derechos fundamentales de los internos. Y, además, por afectar precisamente a este sector de la población (internos en prisión, bien preventivamente, bien condenados), es la norma especial aplicable a este supuesto; PELAYO, R.C., “Intervención de las comunicaciones entre Abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la...”, ob. cit.

⁵⁴ En nuestra opinión, esta regla de interpretación atendiendo a la voluntad del legislador conduce a resultados diferentes de aquélla que ha de resultar preferente y en virtud de la cual las normas que limitan derechos fundamentales deben interpretarse de forma restrictiva (especialmente en un caso como éste en el que nos encontramos con una regulación del año setenta y nueve –recordemos que la Ley Penitenciaria es la primera Ley Orgánica de desarrollo de la Constitución que se aprobó–).

puede suponer mantener la interpretación acumulativa de los mismos ya que, mientras para los que permanecen fuera de la prisión podría, llegado el caso, producirse una intervención de sus comunicaciones con sus letrados en supuestos ajenos al de terrorismo, esto no sería nunca posible en el caso de los internos en establecimiento penitenciario –por ello se refieren a la existencia de una especie de régimen privilegiado que les beneficia claramente⁵⁵)⁵⁶.

⁵⁵ Es verdad, la interpretación restrictiva de la norma impide, radicalmente, la limitación de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales cuando se trata de causas ajenas al terrorismo. Sin embargo, ello no supondría la creación de una especie de limbo jurídico que permitiera a los representantes legados implicados en una causa penal no terrorista, en la que intervienen o pretenden intervenir en calidad de tales, aprovecharse de tal situación para obstruir la efectiva realización del *ius puniendi* estatal. El Abogado imputado en la causa debe ser separado de la misma, y, además, puede ser investigado por otros procedimientos distintos a aquel relativo a una intervención de las comunicaciones con sus clientes. Quizás, y siempre teniendo en cuenta la excepcionalidad que hay que predicar respecto de la intervención de este tipo de comunicaciones, podría el legislador acometer una reforma para permitirla con relación a otro tipo de delitos de especial gravedad (no sólo para delitos de terrorismo). En todo caso, con la necesaria autorización judicial. Pero es una labor ésta que compete al legislador porque, en el marco de la interpretación constitucional, el juez sólo puede hacer una interpretación restrictiva de la norma que limita derechos fundamentales. En parecidos términos, REVIRIEGO PICÓN, F. y BRAGE CAMAZANO, J., “Relación de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus...”, ob. cit., p. 71.

⁵⁶ Entre otros, ARRIBAS LÓPEZ, E., en “Sobre la intervención de las comunicaciones entre los internos y sus abogados en el ámbito penitenciario”, *Aranzadi*, núm. 288, 2009, y en “Algo más sobre la intervención de comunicaciones de los internos con sus abogados: la voluntad del legislador”, *La Ley*, núm. 7435, 2010; ATIENZA, M., “El caso Gürtel y la objetividad del derecho”, *Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 31, p. 3; JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados”, *El Cronista. Iustel*, núm. 14, junio 2010, pp. 70-71. Defendiendo, por el contrario, la complementariedad de los presupuestos legitimadores de la limitación, LÓPEZ YAGÜÉS, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado...*, ob. cit., p. 263 (quien sigue así, en este sentido, a autores tales como ALONSO BARRERA, ALONSO PÉREZ, MONTAÑÉS PARDO, RÍOS MARTÍN, RODRÍGUEZ ALONSO, TAMARIT SUMALLA, SAPENA GRAU Y GARCÍA ALBERO, PAZ RUBIO); REVIRIEGO PICÓN, F. y BRAGE CAMAZANO, J., “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus...”, ob. cit., pp. 69-71; MARTÍNEZ ALARCÓN, Mª L., “El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes...”, ob. cit., p. 152-154; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La postulación y los derechos a la tutela y de defensa: la confidencialidad de las relaciones con el Abogado defensor y sus...”, ob. cit., pp. 131-132; PELAYO, R.C., “Intervención de las comunicaciones entre Abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la defensa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 795, marzo de 2010; BRAGE CAMAZANO, J., “¿Caballo de Troya? De pinchazos telefónicos y abogados”, *El Heraldo del Henares*, 12 de octubre de 2009; MONTERO HERNANZ, T., “La intervención de comunicaciones en el ámbito penitenciario. (A propósito de las escuchas del caso Gürtel)”, *La Ley*, núm. 7335, 2010, p. 3; NISTAL MARTÍNEZ, J., “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, *La Ley*, núm. 7383, 2010, p. 12.

Conforme a esta última corriente de pensamiento, por tanto, se podría llegar a justificar la actuación de D. Baltasar Garzón, esto es, la autorización de la intervención de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales más allá del supuesto de los delitos de terrorismo.

Pues bien, como consecuencia de la insuficiencia, ambigüedad y complejidad normativa de la regulación española sobre la intervención de las comunicaciones en general, y más específicamente, sobre la intervención de las comunicaciones de los internos en un establecimiento penitenciario con sus representantes legales, y ante tanta discrepancia, sobre todo con relación a la naturaleza acumulativa o alternativa de las dos condiciones recogidas en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y dando por supuesto que la discrepancia se asienta realmente en presupuestos científico-jurídicos y no tanto en consideraciones de naturaleza política, ya afirmamos en su momento que difícilmente se podía concluir que, en este caso, se había producido una inobservancia *manifiesta* del Derecho aplicable. Aunque también advertimos de que la suposición de que el Magistrado Instructor había prevaricado no era, como algún autor afirmó en su momento⁵⁷, totalmente ridícula, o bien que respondiera siempre y en todo caso a motivos inconfesables. Porque la lectura de los Autos por los que se autorizó y prorrogó la intervención de estas comunicaciones ponían de manifiesto la existencia de varios puntos flacos en su actuación. Esto es, haber utilizado una interpretación imposible del artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria para justificar su actuación según jurisprudencia del Tribunal Constitucional y haber decidido la intervención igualmente de forma absolutamente incompatible con la jurisprudencia constitucional; de forma genérica afectando a todos los abogados de la causa, aparecieran o no imputados en la misma, y, por tanto, con una finalidad meramente prospectiva (y recordemos, de nuevo, que las resoluciones de nuestro Alto Tribunal constituyen fuente del Derecho)⁵⁸.

Por ello, no nos ha sorprendido la conclusión a la que finamente ha llegado el Tribunal Supremo admitiendo la prevaricación. Para este órgano, “ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos que hubiera podido seguir el acusado respecto de esos preceptos, le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa, con los devastadores efectos que ocasiona en el núcleo de la estructura del proceso penal, en las condiciones en que lo hizo”, esto es, sin disponer de indicio de responsabilidad criminal alguno contra la mayoría de los Abogados sobre la utilización de su condición de letrado y del ejercicio del derecho de defensa como coartada para delinuir (no olvidemos que únicamente se menciona individualizadamente en sus Autos al letrado D. José

⁵⁷ Así, ATIENZA, M., “El caso Gürtel y la objetividad del...”, ob. cit., p. 1.

⁵⁸ MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a L., “El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes...”, ob. cit., p. 164.

Antonio López Rubal y que algunos de ellos –como los letrados defensores Choclán, Mourullo y Peláez y Vergara–, se incorporaron a la causa con posterioridad a su primer Auto de 19 de febrero de 2009 y jamás se hizo referencia a los mismos en las subsiguientes actuaciones del Magistrado de tal forma que sus conversaciones con los internos en establecimiento penitenciario también resultaron intervenidas⁵⁹).

2.3. El elemento subjetivo del ilícito (el dolo)

Para que exista el tipo que describe el artículo 446 del Código penal no basta con que concurra el elemento objetivo, esto es, la acción de dictar resolución injusta (que, ya hemos visto, se produce por un grave apartamiento del Derecho o de los criterios de racionalidad en la valoración del resultado probatorio). Además, es preciso que concurra el elemento subjetivo, en virtud del cual, dicho apartamiento debe producirse de forma consciente y voluntaria (“a sabiendas”), o, lo que es lo mismo, con dolo⁶⁰. Así pues, mientras que el elemento objetivo del ilícito consiste en que lo acordado no es defendible en Derecho, ni se podría llegar a ello por alguno de los métodos de interpretación admitidos en Derecho, la concurrencia del elemento subjetivo implica que se da el conocimiento de que concurre el tipo objetivo.

Para el Tribunal Supremo resulta claro que Garzón actuó “a sabiendas” de que no contaba con cobertura legal, aunque fuera con la finalidad metajurídica de garantizar la eficacia en la persecución del delito (el ahora ex Magistrado insistió durante el proceso en que adoptó la medida porque no había otra solución para impedir que los imputados continuaran con su actividad delictiva). Para el intérprete supremo de la legalidad ordinaria, “la investigación criminal no justifica por sí misma cualquier clase de actuación y con

⁵⁹ De hecho, la querella la presenta uno de los Abogados a los que después se adherirían las demás acusaciones particulares. Por otra parte, el fundamento jurídico noveno de la resolución que comentamos recuerda que el Proyecto del nuevo proceso penal que aprobó el Gobierno de la Nación en la anterior legislatura (y que decayó al finalizar ésta), permitía la intervención telefónica de las conversaciones entre la persona investigada con su abogado “solo cuando concurran indicios fundados que permitan afirmar su participación en el hecho delictivo investigado”. En esos casos, además, el Ministerio Fiscal debería solicitar al juez la exclusión del letrado, lo cual daría lugar a una nueva designación (precisamente para evitar la lesión del derecho de defensa).

⁶⁰ STS de 14 de mayo de 1914: la expresión “a sabiendas” es sinónimo de “dolo” e implica un “ánimo deliberado del reo de faltar a la justicia”. STS de 3 de mayo de 1983: el juez “sabe y le conste que la resolución que dicta es injusta por contrariar la ley y que, no obstante, la dicte voluntaria y conscientemente”. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1999, FJ 8º (RJ 1999(5881); 14 de julio de 1999, FJ 3º (RJ 1999(7363). Por otra parte, el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012 que venimos analizando reitera esta jurisprudencia, explicitando, en su fundamento jurídico décimo los hechos que prueban en este supuesto la concurrencia del elemento subjetivo del tipo.

mayor razón si implica vulneración de derechos fundamentales (la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio)”.

Probablemente, erró la defensa de D. Baltasar Garzón al plantear su estrategia. Y es que, quizás, la sentencia del Supremo no hubiera sido la misma si el acusado se hubiera centrado durante el proceso en discutir la aplicabilidad del artículo 51.2 de la Ley penitenciaria, y, sobre todo, su posible interpretación (o, al menos, si no hubiera utilizado jamás el argumento relativo a la búsqueda de esa especie de fin metajurídico al que nos referíamos *supra*). Habida cuenta la doctrina contrapuesta existente sobre la aplicabilidad y la interpretación de dicho precepto, quizás el Supremo habría podido concluir que, en este supuesto, no se había producido una inobservancia *manifiesta* del Derecho aplicable, o, por lo menos, que el acusado no había actuado con dolo, sino con culpa grave. Pero, una vez que el acusado parece admitir, en ocasiones, que tiene pleno convencimiento de que está aplicando una norma que no ofrece cobertura legal alguna a su conducta, ¿qué más podía hacer el intérprete supremo de la legalidad sino condenar por prevaricación con dolo?⁶¹ Añádase a esto, además, que tampoco la falta absoluta de indicios fue discutida durante el proceso penal⁶². Y que, dentro del tipo penal finalmente aplicado, la pena impuesta ha sido una de las más pequeñas posibles (recordemos que esta decisión del Supremo también ha sido criticada como consecuencia de la gravedad del castigo finalmente impuesto al acusado)⁶³.

III. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Las garantías del imputado en el proceso penal”, *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 6, 2005.

⁶¹ Téngase en cuenta, además, el cambio de criterio del Magistrado sobre la norma aplicable al caso. Llega un momento en que alega la aplicación del artículo 579 LEcrim cuando sus Autos se asentaban en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (esto lleva a sospechar que el Magistrado fue consciente en algún momento de su error y por ello modificó su versión).

⁶² Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012 apunta que su Sala segunda nunca ha decidido sobre un caso similar. Se han anulado, sí, intervenciones telefónicas de conversaciones de letrados, pero en este supuesto, primero, se contaba con la cobertura legal –si bien parca o insuficiente– del artículo 579 LEcrim, y, segundo, se discutía sobre la suficiencia de los indicios que se alegaban para justificar la intervención (en el presente caso, ni el artículo 579 LEcrim da cobertura a la actuación de D. Baltasar Garzón que, además, se produce en el marco de la inexistencia absoluta de indicios).

⁶³ Se ha dicho, incluso, que “la sentencia está dictada con mala índole y extraña que algunos magistrados hayan caído en ese juego”, BASTIDA FREIJEDO, F., “Garzón, ¿la condena a una persona o al personaje?”, contraposicion.blogspot.com.es/p/francisco-bastida-freijedo.html. Y advierte de que lo único que querría el ciudadano es que este rigor con el que el Supremo ha condenado a Garzón se aplique también siempre, comenzando por el propio Tribunal Supremo (reprocha la prevaricación de las sentencias del caso Parot o de las que resolvieron de forma distinta el caso Botín y el caso Atutxa).

- ARRIBAS LÓPEZ, E., “Sobre la intervención de las comunicaciones entre los internos y sus abogados en el ámbito penitenciario”, *Aranzadi*, núm. 288, 2009.
- “Algo más sobre la intervención de comunicaciones de los internos con sus abogados: la voluntad del legislador”, *La Ley*, núm. 7436, 2010.
- ATIENZA, M., “El caso Gürtel y la objetividad del Derecho”, *Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 31.
- BASTIDA FREIJEDO, F., “Garzón, ¿la condena a una persona o al personaje?”, contraposicion.blogspot.com.es/p/francisco-bastida-freijedo.html.
- BRAGE CAMAZANO, J., “¿Caballo de Troya? De pinchazos telefónicos y abogados”, *El Heraldo del Henares*, 12 de octubre de 2009.
- CANO PALOMARES, G., “El diálogo entre tribunales y el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (a propósito de la decisión Coban c. España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2006)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 24, 2007.
- CARRILLO, M., “El Juez ante las escuchas telefónicas”, *El País*, 25 de marzo de 2010.
- CATALÁ I BAS, A.H., “Escuchas telefónicas: un encuentro con el Tribunal Constitucional y un desencuentro con el legislador español”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010.
- CUELLO CONTRERAS, J., “Jurisprudencia y prevaricación”, *RJELL*, 1-1993.
- ELVIRA PERALES, A., “El derecho al secreto de las comunicaciones a golpe de jurisprudencia”, *ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, CEPC, Universitat de Barcelona y Ajuntament de Mollet del Vallés, Madrid, 2008.
- FASSONE, E., “Il giudice tra indipendenza e responsabilità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, I, 1980.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, G., “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 2004.
- GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2^a ed., ed. Cívitas, Madrid, 1982.
- GIACOBBE, G., “La responsabilità del giudice: A proposito di una recente proposta di legge”, *In Iure Praesentia*, 1980.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La postulación y los derechos a la tutela y de defensa: la confidencialidad de las relaciones con el Abogado defensor y sus límites”, *Revista de Derecho Político*, núm. 79, septiembre-diciembre 2010.

- MARTÍNEZ ALARCON, M^a L., *La independencia judicial*, CEPC, Madrid, 2004.
- “La aplicación judicial del Derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008.
- “El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011.
- MONTERO HERNANZ, T., “La intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario. (A propósito de las escuchas del caso Gürtel)”, *La Ley*, núm. 7335, 2010.
- NISTAL MARTÍNEZ, J., “La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, *La Ley*, núm. 7383, 2010.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987.
- “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1987.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados”, *El Cronista. Iustel*, núm. 14, junio 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal, Madrid, 1989.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCIA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1991.
- LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARCHENA GÓMEZ, M., “La injerencia de la Administración Penitenciaria en las comunicaciones del interno con su abogado. (A propósito del Auto de la Audiencia Nacional de 20-12-1993)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 47, 1994.
- MARTÍNEZ ALARCON, M^a L., “El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011.
- MARTINEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Cívitas, Madrid, 1995.
- PELAYO, R.C., “Intervención de las comunicaciones entre Abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho de defensa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 795, marzo de 2010.

- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 20 ed., ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- REBOLLÓ DELGADO, L., “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49.
- REVIRIEGO PICÓN, F. y BRAGE CAMAZANO, J., “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, segundo semestre 2010.
- REVIRIEGO PICÓN, F., “El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas “entre” reclusos”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26, 2005.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ed. MacGraw-Hill, Madrid, 1998.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.), *Código Penal de 1995. (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1999.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas; en espera de una regulación parlamentaria del tema”, *Revista de Actualidad Penal*, núm. 18, 1993.

CONGRESOS

La construcción jurisprudencial de la Europa de los valores: jueces, criterios ético-políticos y razonamiento jurídico en torno al inicio de la vida

Bajo la coordinación de
Josep M^a Castellà Andreu
Universidad de Barcelona

Carlos Vidal Prado
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Presentación

El pasado 30 de marzo de 2012 se celebró en Madrid el VI Encuentro hispano italiano de constitucionalistas, que se viene celebrando con periodicidad anual a partir del que tuvo lugar en Turín en 2006, teniendo como sede, alternativamente, una ciudad italiana y otra española.

De estos encuentros se han derivado publicaciones de muchos de los participantes. Merece destacarse la obra colectiva que coordinó Antonio D'Aloia *Il Diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed autanasia*, publicado por Jovene editore en Nápoles, en 2011, y que es el fruto del seminario celebrado en esa misma ciudad.

El último de estos encuentros tuvo lugar en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y en él se abordó la cuestión de “La construcción jurisprudencial de la Europa de los valores: jueces, criterios ético-políticos y razonamiento jurídico en torno al inicio de la vida”. Gracias a la oportunidad que nos brinda la Revista Estudios de Deusto, y especialmente su secretario, Luis Gor-dillo, podemos ofrecer ahora algunas contribuciones de las expuestas en dicho seminario. Se trata de las dos ponencias (de los profesores Emanuele Rossi y Pablo Nuevo) y de los textos de varias de las intervenciones que tuvieron lugar durante la reunión académica, de ahí la extensión y tono de estos escritos. Con-fiamos en que pueda resultar interesante la lectura de dichas aportaciones y con-tribuir al debate abierto en Europa sobre la temática.

Rasgos constitucionales de la protección del embrión. Una introducción*

Emanuele Rossi

Catedrático de Derecho Constitucional
Scuola Superiore Sant'Anna

Recibido: 02.05.12

Aceptado: 31.05.12

Resumen: En este artículo se hace una comparación del concepto de embrión a nivel europeo, haciendo especial énfasis a la doctrina y jurisprudencia italiana. Se hace referencia a las consecuencias y problemas que se pueden derivar de un determinado trato a embriones y por último se hace una disertación sobre la conveniencia de un *status unitario*, aplicable en todas las circunstancias e independientemente de la “utilización” que se quiera hacer del embrión o de las circunstancias en las que sea considerado por las disposiciones normativas

Palabras clave: Embrión, jurisprudencia, estatuto, Tribunal de Justicia, países europeos.

Abstract: *In this paper, there is a comparison between the concept of embryo at European level, with particular emphasis on Italian doctrine and jurisprudence. Also, there is an analysis of the consequences and problems that can arise from a particular treatment embryo and finally becomes a dissertation on the desirability of a unitary status, applicable in all circumstances and regardless of the “use” or the embryo or the circumstances under consideration by the regulatory provisions*

Key words: *Embryo, jurisprudence, statute, Court of Justice, European countries.*

Sumario: 1. El concepto de embrión en la disciplina nacional y europea, y las perspectivas abiertas por la sentencia del Tribunal de Justicia Oliver Brüstle vs. Greenpeace.—2. Las diferencias entre la regulación de los diferentes Estados europeos y el dilema de la definición “natural” o “convencional”.—3. El estatuto jurídico del concebido/embrión: las posibles alternativas propuestas por la doctrina jurídica y la jurisprudencia italiana.—4. ¿Es posible distinguir entre “categorías” de embriones? Los problemas relacionados con el distinto trato (con consecuencias paradójicas) de los embriones *in vitro* respecto a los embriones *in vivo*.—5. La condición particular de los llamados embriones supernumerarios y

* Ponencia presentada al *VI Seminario italo español de Derecho Constitucional*, “La construcción jurisprudencial de la Europa de los valores: jueces, criterios ético-políticos y razonamiento jurídico entorno al inicio de la vida”, Madrid 29-30 de marzo de 2012. Traducción de Josep M^a Castellà (UB) y Carlos Vidal (UNED).

las posibles soluciones jurídicas a su condición. —6. A modo de conclusión: ¿un estatuto o más estatutos del embrión según los ámbitos a que se refiera?

1. EL CONCEPTO DE EMBRIÓN EN LA DISCIPLINA NACIONAL Y EUROPEA, Y LAS PERSPECTIVAS ABIERTAS POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA OLIVER BRÜSTLE VS. GREENPEACE

Preguntarse por los perfiles constitucionales de la protección del embrión requiere, en primer lugar, definir la noción de la entidad cuyos perfiles de garantía se quiere indagar, o comprender de qué se habla cuando se alude al *embrión*. Sustancialmente, ¿a qué (o a quién) nos referimos cuando usamos el término “embrión”? ¿Se corresponde esta expresión íntegramente con la de “concebido”?

Para responder a esta pregunta, tratando de superar el estado de desorientación que asume el jurista frente a ella¹, debemos hacernos la pregunta sobre el contexto en el que queremos responder y, en particular, para nosotros los juristas, del ordenamiento jurídico de referencia: por ejemplo podríamos responder sobre la base del ordenamiento comunitario, o el del Consejo de Europa, o asimismo el de cada Estado en particular. Pero incluso antes podríamos preguntarnos si existe una noción “natural” –o “científica” y por tanto “objetiva”– capaz en consecuencia de condicionar las opciones de los distintos sistemas jurídicos. Esta última pregunta requeriría preguntarse, de forma preliminar, por la fuerza del “derecho natural” y su relación con el derecho escrito. Böckenförde habló al respecto de una “falacia naturalista”, entendida como la operación que deriva del dato de hecho constatable por las ciencias naturales (es decir, del ser), postulados y cualidad normativa (es decir, el deber ser)². Claramente, un esfuerzo que va mucho más allá de los límites de este trabajo.

Por lo tanto he decidido escoger el camino del derecho positivo, y responder a la pregunta partiendo de las disposiciones normativas, constatando a continuación que en el estado de cosas “no es posible hablar de un estatuto jurídico unificado y universal del embrión, sino que debe reconocerse que cada ordenamiento concibe el “propio” embrión en cuanto lo somete a sus propias leyes”³. La reciente sentencia *Oliver Brüstle vs Greenpeace* (de la

¹ Considera que en esta materia el papel del jurista corre el riesgo de “entrar en confusión” A. CELOTTO, “Procreazione assistita e tutela della persona. Profili di costituzionalità”, en A. BARENGHI (ed.), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Cuadernos de la *Rivista di diritto civile*, Padua, 2011, 109.

² E. W. BOCKENFORDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia, 2010, 46.

³ A. SCHUSTER, “Lo status giuridico dell’embrione in ottica comparata”, en C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI, *Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Padua, 2009, 259.

cual se tratará a continuación) lleva a pensar que, contrariamente a lo sucedido en el Consejo de Europa, la perspectiva de la Unión Europea es importante para lograr un nivel común mínimo para los países que forman parte de ella.

¿Qué se entiende, por lo tanto, con el término “embrión” en el contexto de la Unión Europea?

La respuesta se puede deducir de las previsiones contenidas en la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El artículo 6.2, establece que se consideran no patentables, en particular:

- a) los procedimientos de clonación de seres humanos;
- b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano;
- c) *la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales.*

Esta última previsión, por lo tanto, plantea el problema de definir qué se entiende por “embriones humanos”, por lo menos a los efectos de dicha Directiva. Bajo este perfil se promovió una cuestión ante el Tribunal de Justicia por Oliver Brüstle contra Greenpeace, en la que el demandante era el titular de una patente alemana en relación con células progenitoras neurales: dicha patente fue anulada por el Tribunal federal de patentes alemán, a solicitud de Greenpeace, en cuanto células obtenidas a partir de células madre embrionarias humanas y de procedimientos para la producción de tales células progenitoras. Contra esta decisión, el interesado apeló ante el *Bundesgerichtshof*, el cual elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, considerando –entre otras cosas– que “la interpretación del concepto de embrión humano no puede ser sino europea y unitaria”. Esta consideración ha permitido por lo tanto al Tribunal Europeo abordar el tema *ex profeso*⁴.

Antes de examinar las respuestas del Tribunal, merecen ser mencionadas las conclusiones del Abogado General Yves Bot, en las que se ha puesto la cuestión sobre qué debía entenderse por “embrión” con claridad y precisión, especificándose al respecto la cuestión de si en el ámbito de dicho concepto se debe considerar incluidas:

- a) todas las etapas de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del óvulo, o si por el contrario deben cumplirse otras condiciones posteriores, como, por ejemplo, el alcance de una determinada etapa de desarrollo;
- b) los óvulos humanos no fecundados en que se ha trasplantado un núcleo proviniente de una célula humana madura y los óvulos humanos no fecundados, estimulados por la partenogénesis para separarse y desarrollarse;
- c) las células madre derivadas de embriones humanos en la etapa del blastocisto.

⁴ Y resolverlo con la citada sentencia de 18 de octubre 2011 C-34/10 *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*.

Preparatoria de esa pregunta es esta otra, esto es, si el concepto de embrión humano tiene, o debe tener una acepción comunitaria, como ha sostenido el *Bundesgerichtshof*, o si en cambio la definición del concepto entra en el margen de discrecionalidad de los Estados.

En la motivación del pronunciamiento, el Tribunal de Justicia responde primero a la pregunta sobre la necesidad de definir un concepto comunitario, y lo hace motivando sobre la formulación de la Directiva, la cual, si bien por un lado no proporciona ninguna definición de embrión humano, tampoco se remite a los derechos nacionales, en lo concerniente al significado a atribuir a estos términos. Y, por lo tanto, es necesario designar “un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe ser interpretado de manera uniforme en el territorio de esta última”.

Volviendo, pues, al fondo de la cuestión, el Tribunal llega a una definición amplia de embrión: con tal término se debe entender, en opinión del Tribunal, “cualquier óvulo humano desde la fecundación, a cualquier óvulo humano no fecundado en el cual haya sido implantado el núcleo de una célula humana madura y cualquier óvulo humano no fecundado que, a través de la partenogénesis, ha sido inducido a dividirse y a desarrollarse”, mientras considera competente al juez nacional para “determinar, en vista de la evolución de la ciencia, si una célula madre derivada de un embrión humano en el estado de blatocisto” constituye un embrión o no.

Es cierto que la misma sentencia especifica que dicha interpretación vale “al único propósito de determinar el alcance de la prohibición de patentabilidad” establecido por la normativa europea, y que el Tribunal se preocupa de dejar claro que no quiere abordar “temas de naturaleza médica o ética”, sino que se limita a “una interpretación jurídica de las disposiciones de la Directiva”: y sin embargo, es evidente que este concepto no puede dejar de tener impacto tanto sobre el desarrollo del ordenamiento comunitario, como sobre las opciones de los Estados y los operadores económicos. También hay que recordar que ese pronunciamiento se sitúa en claro contraste con la jurisprudencia del TEDH, que por su parte había subrayado la existencia sobre este punto de un margen de apreciación de la autonomía legislativa respectiva de los Estados, bajo la premisa de la falta de consenso sobre la definición científica y legal del embrión humano⁵: así, permanece abierta la cuestión sobre cuál sea el nivel institucional al que deba reconocerse la responsabilidad de definir lo que es el embrión, a la espera de respuestas a la sentencia del Tribunal de Justicia por parte de los jueces nacionales.

⁵ CEDU, *Evans v. UK*, n. 6339/05, 7 de marzo de 2006, que confirma sustancialmente *Vo vs. France*, n. 53924/00, 8 de julio de 2004, y en la que el Tribunal de Estrasburgo excluye la aplicabilidad de la tutela ofrecida al art. 2 CEDU a la vida prenatal. Sobre tal pronunciamiento v. V. SILVESTRI, “Il quesito sul diritto alla vita dell’embrione e / o del feto ex art. 2 CEDU rimane ancora insoluto nella sentenza Evans c. Regno Unito della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, in www.rivistaaic.it, 25 de julio de 2006.

2. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN DE LOS DIFERENTES ESTADOS EUROPEOS Y EL DILEMA DE LA DEFINICIÓN “NATURAL” O “CONVENCIONAL”

Si del nivel europeo o internacional se pasa al de los países individuales, encontramos diferencias de perspectiva nada desdeñables.

Como ha señalado el Abogado General Yves Bot en la memoria citada, en la legislación de los Estados miembros “se distinguen dos grandes grupos, el primero que considera que el embrión humano existe desde la fecundación (por ejemplo Estonia, Alemania, Reino Unido), y el segundo que considera que esto sucede en el momento en que el óvulo fecundado se implanta en el endometrio o mucosa uterina (España y Suecia)”.

Debe señalarse al respecto que la adopción de un concepto amplio (o incluso el más amplio que sea posible) de embrión no significa garantizar una forma de protección adecuada: de hecho a veces puede ser al contrario. Así, por ejemplo, si el Reino Unido es el Estado que adopta una definición de embrión más omnicomprensiva, al mismo tiempo está entre los “que menos protegen el embrión”⁶, ya que permite su uso para fines de investigación científica e incluso parece abrir espacios para la introducción de quimeras.

Para los países en los que no se afirma la coincidencia entre la noción de embrión y la de concebido se prevé la condición del denominado pre-embrión: así en España, por ejemplo, donde la ley establece que por tal debe entenderse “el embrión constituido *in vitro* formado por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”⁷, mientras que el propio y verdadero embrión se define⁸ como la “fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener”. Se trata de una línea reconstructiva que constituye aplicación y desarrollo del famoso *Informe Wornock*, el cual ha establecido al cumplirse el día 14 el reconocimiento del embrión y por tanto de su derecho a la vida (se ha hablado al respecto de teorías transaccionales)⁹.

⁶ A. SCHUSTER, *Lo status giuridico*, cit., 264, el cual precisa che tal planteamiento de menor tutela se traduce en la tendencia a poner el embrión en la ponderación con otros intereses.

⁷ En el sentido del art. 1.2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida; art. 3 s) de la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.

⁸ Por el art. 3 l) de la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.

⁹ Siguiendo tal línea reconstructiva, la misma fase pre-embrional podría ser ulteriormente concretada (por ejemplo desde el acto de la fecundación hasta el estadio de 8 células; de tal momento a la formación del troboflasto; del troboflasto al estadio de preparación para la implantación del óvulo y de este momento al estadio de la post implantación (del 6º al 14º día). Cfr. al respecto A. SPADARO, “Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista”, en *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2005, 71 ss.

Otros países, sin embargo, identifican el embrión con el “concebido”, identificando la concepción con el momento de la fecundación (aunque los nuevos hallazgos científicos llevan a considerar la fecundación como un proceso dinámico que tiene lugar en el tiempo, y no como un evento simple e instantáneo¹⁰). La reciente Constitución húngara parece, como se sabe, incluso haber constitucionalizado este principio, afirmando que “Todo hombre tiene derecho a la vida y a la dignidad humana, la vida del feto debe ser protegida desde la concepción”. En realidad, la fórmula utilizada puede dejar abiertas algunas dudas de interpretación: distinguiendo entre “el hombre” que tiene el derecho a la vida y a la dignidad humana y el “feto” al que, evidentemente, no puede reconocerse los mismos derechos (de lo contrario no tendría sentido la diferenciación), pero cuya vida está protegida. En cualquier caso, la intención del constituyente húngaro es clara al imponer una garantía del embrión “desde la concepción”, y por lo tanto excluir toda posibilidad de gradación en la protección entre una fase y la otra de la vida prenatal (mientras que no está clara en mi opinión –como se ha dicho– la diferencia entre la tutela pre y post-natal, por lo que se acaba de decir).

En este contexto general, y con el propósito de establecer una definición jurídica, el problema es elegir el punto de referencia: si este debe ser “un elemento naturalista bien definido, detallado y por tanto incontrovertible como ha sido durante mucho tiempo el nacimiento y lo que es hoy, por ejemplo, el momento de la unión de los gametos, o bien este puede ser de tipo jurídico-convencional, correspondiendo a la norma jurídica, sin otros puntos de apoyo naturalistas, determinar el momento a partir del cual se considera o se presume que está en presencia de una persona”¹¹. Pregunta que sigue a una reflexión de fondo, llevada a cabo por Violini y Osti: “¿hay un momento en el tiempo antes del nacimiento en el que surge el titular de un derecho a la vida y a la salud, pero dicho momento no es determinable por naturaleza sino que caso por caso puede la norma sustituir a la naturaleza identificando la misma el momento del cambio?”¹².

Todo esto plantea algunas preguntas, en cierto modo preliminares al problema de la definición jurídica: ¿se remite ésta a la voluntad de los Estados? ¿Corresponde al derecho, y por lo tanto, en primer lugar al legislador determinar lo que es “correcto” y lo que es “equivocado” en esta materia?¹³ Y en el caso de

¹⁰ L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Turín, 1996, 43.

¹¹ L. VIOLINI, A. OSTI, “Le linee di demarcazione della vita umana”, en M. CARTABIA (ed.), *I diritti in azione*, Bolonia, 2007, 189.

¹² L. VIOLINI, A. OSTI, “Le linee di demarcazione...”, cit., 205.

¹³ En sentido claramente afirmativo F. RIMOLI, “Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future”, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, Turín, 2001, 348, para el cual “la determinación del momento en que el ser vivo se convierte en sujeto de derecho, adquiriendo la capacidad jurídica y por tanto la idoneidad para ser centro de imputación de derechos, constituye el fruto de una opción del ordenamiento”. Para un cuadro general de las dificultades que ponen al derecho, y en particular a la definición

respuesta afirmativa a la pregunta anterior, surge el problema de cuál debe ser el nivel en el que definir este concepto: ¿es la legislación europea, tal como es interpretada por sus jueces, o la nacional, también ésta en la interpretación de los sujetos legitimados para ello? Y por último ¿hay principios constitucionales nacionales, o incluso principios constitucionales europeos?

Así pues la pregunta “¿Qué se entiende por embrión?” remite a otra: ¿sobre qué base se puede responder a la misma? Como se dirá en la conclusión, la sentencia Brüstle del Tribunal de Justicia podría tener efectos muy significativos en la respuesta que se da a estas preguntas.

3. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL CONCEBIDO/EMBRIÓN: LAS POSIBLES ALTERNATIVAS PROPUESTAS POR LA DOCTRINA JURÍDICA Y LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

La segunda pregunta que debemos hacernos es: ¿cuál es el estatuto jurídico de esta entidad que no logramos definir de forma unitaria?

Una vez más, para responder a la pregunta se debe definir el ordenamiento jurídico de referencia, tal vez incluso en este caso tampoco vamos a obtener una respuesta definida y unívoca, pero sin duda hay que tener en cuenta la diversidad de planos, y en todo caso que en los ordenamientos europeos no existe un estatuto común. Así como debemos entender si la respuesta debe ser proporcionada de conformidad con la legislación vigente, emblemática es en este sentido la posición, relativa al ordenamiento italiano, de un jurista notorio, que conecta el estatuto a lo que establece la norma, y en particular a la del Código Civil: “para el concebido se ha hablado de un “derecho a la vida”, pero la expresión, si del discurso de los moralistas y los teólogos quiere pasar al de los juristas, choca contra la norma que la hace coincidir con el nacimiento de la “adquisición de la capacidad jurídica y por tanto de los derechos (art. 1 CC)”¹⁴. Si se sigue este camino, entonces, la respuesta debe darse en relación con lo que prevén las leyes de cada ordenamiento (a excepción de la posibilidad de reducirlos a una orientación unitaria y coherente, es decir, independientemente del ámbito de regulación en el que tiene lugar la protección del embrión).

En general, sin embargo, podemos decir que la respuesta a esa pregunta, creo que en cada uno de los planos indicados, puede oscilar entre tres posiciones teóricamente identificables.

Para la primera de ellas, el concebido se considera “persona” a todos los efectos (“uno de nosotros”, dice Busnelli en sentido figurado¹⁵). Elementos

de “persona”, algunas aplicaciones del saber científico en el campo humano v. A. SANTOSUSSO, “Personae fisiche e confini biologici: *chi* determina *chi*”, en A. D’ALOIA (ed.), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milán, 2003, 141 ss.

¹⁴ P. RESCIGNO, “Personalità (diritti della)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milán, 1983, 7.

¹⁵ F. D. BUSNELLI, “Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita”, en *Nuova Giur. civ. commentata*, 2010, II, 185.

que apoyan esta posición se pueden encontrar en algunos textos normativos, también de alcance internacional, como por ejemplo la Declaración sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1959 en Nueva York, en cuyo preámbulo está escrito que “el niño, debido a su falta de madurez física e intelectual, necesita de una protección y de cuidados especiales, incluida una protección legal apropiada, tanto antes como después del nacimiento”. Una definición que no define el *dies a quo* para la condición de niño (ni por tanto el concepto de embrión), pero que sin duda requiere retrotraer la noción a una fase anterior al nacimiento.

Probablemente la definición más clara de la posición en cuestión está en la Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969), conocida como Pacto de San José, que establece que “cada ser humano es persona” (art. 1.2) y que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida” que debe ser garantizado “en general desde el momento de la concepción” (art. 4): de donde la respuesta parecería clara, ya sea con relación al punto en cuestión, como también al anterior (es decir, en lo relativo a la definición de embrión). Con respecto a la legislación italiana, se llega a una conclusión similar sobre la base del artículo 1 de la Ley núm. 40/2004, que se basa en el supuesto de “la equivalencia perfecta entre la persona humana y embrión”¹⁶.

Incluso en ausencia de una normativa específica, se ha sostenido de forma autorizada que la posición indicada puede e incluso debe mantenerse en virtud de la protección fijada en el plano constitucional a la dignidad humana: así Böckenförde, en relación con lo que establece la Constitución alemana, considera que “si el respeto a la propia dignidad debe valer para cada hombre en cuanto tal, la misma debe serle atribuida desde el principio, desde el primer momento de su vida, y de aquí debe extenderse no sólo después de un lapso de tiempo, a quien él –no protegido contra la instrumentalización y tratamiento *ad libitum*– tal vez por casualidad ha sobrevivido”, y este “primer inicio de la vida humana propia del hombre en sí mismo formado y desarrollado se halla en la fecundación, no más tarde”¹⁷.

¹⁶ C. TRIPODINA, “Statuto dell’embrione vs. libertà di ricerca scientifica: un conflitto risolto in modo incostituzionale”, en www.nuvole.it, 1. El art. 1 de la ley n. 40/2004 establece, recuérdese, que dicha ley “asegura los derechos de todos los sujetos involucrados, incluido el concebido”. Antes de la entrada en vigor de tal normativa –y por tanto sobre la base de elementos no de derecho positivo sino con base en la fuerza de principios obtenidos de la ciencia o de la interpretación y traducción jurídica de la misma– un documento del Comité nacional de bioética de 1996 (“Identità e statuto dell’embrione umano”) llegaba a conclusiones análogas: en el mismo se afirmaba, en efecto, “el deber moral de tratar el embrión humano, desde la fecundación, como una persona”. Afirmación que podría también ser leída como contraria a la identificación embrión/persona (si debe ser tratado *como persona*, significa que no es persona), sino que no obstante creo quisiera significar una equiparación efectiva.

¹⁷ E. W. BOCKENFORDE, *Dignità umana e bioetica*, cit., 55.

La identificación embrión=persona comporta, por lo menos a nivel general, el reconocimiento al embrión de todos los derechos inviolables de la persona (si bien con las especificaciones necesarias de conformidad con el canon de la razonabilidad), y en primer lugar el derecho a la vida, tal y como claramente lo ha expresado la Corte Constitucional italiana: “Así también se ha fortalecido la idea, inherente a la Constitución italiana, en particular en el art. 2, según la cual el derecho a la vida, entendido en su acepción más lata, debe ser incluido entre los derechos inviolables, esto es, entre los derechos que ocupan en el ordenamiento una posición, por así decirlo, privilegiada, en tanto que pertenecen –por utilizar la expresión de la sentencia núm. 1146 de 1988– “a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana”.

Esta posición ha sido criticada en relación con diferentes puntos de vista.

Dejando de lado las afirmaciones apodícticas y totalmente inaceptables de cierta bioética de Estados Unidos, que agrupa como “no-personas humanas” a todas las formas de vida humana no reconducibles a un modelo productivista¹⁸, se han avanzado posiciones que tienden a diferenciar la condición del embrión de la de persona (“uno de nosotros”). Entre ellos podemos recordar la tesis que niega la calificación de persona humana al embrión sobre la base de la suposición de que el embrión carece de toda capacidad de obrar, criterio decisivo que “no permite calificarlo aún como persona”, entendida ésta como un ser social y relacional, en oposición a las concepciones individualistas-atomistas¹⁹. Otras posiciones hacen referencia más directa –en cuanto a la legislación italiana– a lo que establece el art. 1 del Código Civil, que atribuye la titularidad de la capacidad jurídica en el momento del nacimiento, y que subordina la protección de los derechos reconocidos por la ley a favor del concebido a tal acontecimiento. En apoyo de esta línea de interpretación hay un pasaje de la motivación de una sentencia no reciente de la Corte Constitucional italiana, que en 1975 declaró que “... no hay equivalencia entre el derecho no solo a la vida, sino también a la salud de quien ya es persona, como la madre, y la protección del embrión que todavía no se ha convertido en persona” (sentencia núm. 27/1975).

¹⁸ Según H. T. ENGELHARDT Jr., *Manuale di bioetica* (ed. it. a cargo de M. Meroni), Milán, 1999, 126, son ejemplos de no-personas “los niños, los deficientes mentales graves y aquellos que están en coma sin esperanza”.

¹⁹ A. SPADARO, *Cellule staminali*, cit. También para A. PATRONI-GRIFFI, “L’embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli”, en www.forumcostituzionale.it, 9 de junio de 2005, no es posible atribuir la calificación de persona a un ser vivo “en un momento en que no tiene ninguna conciencia de si mismo, ningún sistema nervioso, ninguna célula nerviosa, ninguna posibilidad de sentir emociones, vida de pensamiento y ningún tipo de capacidad relacional”.

Una segunda concepción considera sin embargo al concebido como una parte de cuerpo de la madre y, en consecuencia, esencialmente en la categoría de una *res*, en particular como “*pars viscerum matris*”²⁰.

A pesar de que esta posición me parece que hoy en día no se sostiene con tal claridad, sin embargo subyace a las posiciones que abordan el tema desde el punto de vista del derecho de los padres: “Los padres que deciden procrear imponen, *ipso facto*, la vida (...) a un sujeto que no existe, y no puede, obviamente, expresar su consentimiento a una decisión que le concierne inmediata y completamente. Ante tal forma –inevitable– de prevaricación, la idea de cualquier derecho del sujeto futuro revela toda su inconsistencia”. Así que debido a que “la responsabilidad de la elección se sitúa plenamente en la esfera de los padres, la eventual decisión de interrumpir un embarazo o de recurrir a técnicas avanzadas de procreación (...) no puede de ninguna manera ser considerada una ilicitud, ni más prevaricatoria sobre la voluntad (hipotética y no valorable) del nascituro de lo que lo haya sido la propia decisión de procrear”²¹.

Estas consideraciones están en la base de las legislaciones sobre el aborto que definen los límites de la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo mediante el sistema de “plazos”, o bien, que propugnan su liberalización en un plazo determinado desde la concepción, sin necesidad de aducir causas de justificación, tal vez constitucionalmente merecedores de protección. Esta solución, ciertamente “dejando a la mujer cualquier decisión sobre la oportunidad de recurrir al aborto durante el plazo permitido, termina negando que el feto sea portador de valores jurídicamente protegidos frente a la madre²²: por lo tanto, lo considera una *res*.

Esta posición, sin embargo, ha sido considerada contraria –al menos en términos de principio– con los principios constitucionales de la jurisprudencia constitucional de varios países europeos: en primer lugar de los tribunales constitucionales alemán e italiano²³, y luego el portugués y el español²⁴, tam-

²⁰ Sobre tal aspecto, y para referencias a la doctrina italiana sobre el punto, cfr. R. ROMBOLI, “sub art. 5”, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, U. BRECCIA, A DE VITA, *Personae fisiche*, Bolonia-Roma, 1988, 290 ss.

²¹ F. RIMOLI, “Bioetica”, cit., 347. En sentido opuesto, entre otros, C. E. TRAVERSO, *Interruzione volontaria della gravidanza*, Milán, 1978, 41-42, nota 15, para el cual “es posible configurar un derecho a autodeterminarse libremente en orden a la procreación, (...) sin embargo no es posible invocar el derecho a disponer del propio cuerpo y del propio embarazo”.

²² Así T. PADOVANI, “Procreazione (dir. pen.)”, en *Enc. diritto*, vol. XXXVI, Milán, 1987, 976.

²³ De la Corte Constitucional italiana véase la sentencia núm. 27/1975, ya citada; del Tribunal Constitucional alemán ver la casi coetánea sentencia de 22 de febrero de 1975.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal de 19 de marzo de 1984, en *Foro it.*, 1985, IV, 294; sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985, de 11 de abril, en *Foro it.*, 1985, IV, 280.

bien han reconocido la existencia de una entidad “tercera” respecto a la madre (aunque colocada en el cuerpo de ésta), como tal titular de derechos propios y no asimilable a una *res*.

Coherentemente, la legislación italiana reconoce en algunas previsiones la existencia de derechos de naturaleza personal al producto de la concepción²⁵: por ejemplo el art. 254 CC, en que está prevista la posibilidad de reconocer como hijo natural propio a un concebido, posibilidad que no se concilia bien con la inexistencia jurídica de este último; así el DPR 3.11.2000, n. 396 –en materia de estado civil–, el cual establece que el reconocimiento de un hijo nasciturus puede hacerlo el padre junto con la mujer embarazada o con posterioridad al de ésta última con su consentimiento (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 250.3). A esto se añade que, según la jurisprudencia, es posible proceder a la custodia del hijo solamente concebido a la madre en caso de separación, sobre la base de la necesidad de proteger los intereses del nascituro²⁶.

En vista de la respuesta insatisfactoria ofrecida al problema de la naturaleza del embrión por las dos primeras soluciones, se ha formulado una tercera, que me parece que es la más seguida, al menos en el ámbito jurídico: “el concebido (sea embrión o feto), si bien no se ha convertido todavía en persona, sin embargo ya es un ser humano, por lo tanto, un verdadero sujeto”²⁷. Por lo tanto, no puede ser considerado “uno de nosotros”, pero tampoco puede ser considerado como una “cosa” (aunque fuese “cosa viviente”).

Pero, ¿cómo se puede definir esta “entidad” jurídicamente, pasando del elemento negativo (lo que no es: ni persona ni cosa) a una reconstrucción en términos positivos?

Manteniéndonos en el plano jurídico, en primer lugar hay que decir que a esta entidad se le reconocen (a nivel constitucional, y en virtud de la jurisprudencia constitucional de varios países) algunos derechos, por otro lado reconocidos y confirmados también en el nivel de la legislación ordinaria. Como por ejemplo declaró la Corte Constitucional italiana, “la protección del concebido –que ya es relevante para el derecho civil (artículos 320, 339, 687 CC)– tiene fundamento constitucional. El artículo 31.2 de la Constitución impone expresamente la “protección de la maternidad” y, más en general, el art. 2 de la Constitución reconoce y garantiza los derechos humanos inviolables, entre los que no puede omitirse, incluso con sus características particulares propias, el estatuto jurídico del concebido”.

La afirmación anterior permite precisar algunos aspectos, dignos de ser profundizados: en primer lugar, que la “tutela de la maternidad” no se orienta solo a la atención de la madre o, más en general, de la maternidad (incluso

²⁵ Así, entre otros, E. PALMERINI, “Il concepito e il danno non patrimoniale”, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1272 ss.

²⁶ Trib. Catania 9 de diciembre de 1991, en *Dir. fam.*, 1992, 251 ss.

²⁷ Así textualmente A. SPADARO, *Cellule staminali*, cit.

“potencial”), sino también al producto de la concepción (que, como tal, debería ser considerado también como un producto de la paternidad). En segundo lugar, que el embrión/concebido es titular de derechos inviolables que corresponden a todo “hombre”, si bien “con sus propias características”. Eso significa, pues, que la tutela del embrión no se hace equivalente a la de la persona: como afirmó la Corte Constitucional “la tutela del embrión no es sin embargo absoluta, sino limitada por la necesidad de encontrar una justa ponderación con la tutela de las exigencias de la procreación” (sentencia n. 151/2009). Análoga me parece la perspectiva española, para la cual el concebido no es “persona”, sino “bien jurídico constitucionalmente protegido”.

Volviendo a la cuestión, es evidente que hay una cierta convergencia en considerar que el embrión pueda ser considerado como un “sujeto”. Retomando la doctrina autorizada que había ensayado la distinción entre sujeto y persona²⁸, una importante sentencia de la Corte de Casación italiana ha sostenido que “el concebido es sujeto, no persona” con el fin de reconocer al individuo-concebido la titularidad de un interés protegido, por otro lado no posible sin la atribución de la subjetividad²⁹. Esta operación requiere, por otra parte, un cambio conceptual nada fácil, o la superación de la ecuación sujeto=persona: de hecho, sobre la base de la sentencia, “debe hoy entenderse por subjetividad jurídica un concepto sin duda más amplio del de capacidad jurídica de las personas físicas..., con la consiguiente no absoluta coincidencia desde un punto de vista jurídico, entre sujeto y persona”³⁰. Y por lo tanto, si “toda persona es sujeto, no todo sujeto es persona”.

Lo anterior aporta ciertamente un punto de claridad, pero todavía relativa: ¿Qué es pues el “sujeto”? y ¿qué tipo de “sujeto” es el concebido? La misma sentencia de la Corte de Casación afirma que, de hecho, la subjetividad que corresponde al concebido de acuerdo con la ley es una subjetividad “que se diga específica, especial, atenuada, provisional o parcial”.

En términos más específicos se señala que este sujeto se caracteriza por no tener ninguna capacidad de obrar (que sería propia de la persona); mientras que en relación con la capacidad jurídica, hay diferentes posiciones. Quien cree que el concebido tiene capacidad jurídica (y esto también sobre la base de lo establecido por el artículo 1 de la Ley n. 40/2004, en virtud del cual –se recuerda– la misma ley “garantiza los derechos de todas los sujetos involucrados, incluyendo al concebido”), aunque “menor”³¹, o

²⁸ G. OPPO, “Ancora su persona umana e diritto”, en *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 259 ss.

²⁹ Cass. n. 10741/2009, comentada por G. BALLARANI, “La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura “integrale” dell’art. 1 c.c.”, en *Dir. famiglia e persona*, 2009, fasc. 3, pt. I, 1180 ss.

³⁰ G. BALLARANI, “La Cassazione riconosce...”, cit., 1186.

³¹ Elemento que comportaría un redimensionamiento de la misma noción de capacidad jurídica: como sostiene F. D. BUSNELLI, “L’inizio della vita umana”, en *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 563: “quien ve en la intervención del legislador la atribución de una subjetividad

“en sentido parcial o iuspublicístico”³²; otros, en cambio, se plantean la hipótesis de una “subjetividad por prefiguración de la persona”, posición elaborada para contraponerse tanto a la tesis de la extensión de la capacidad jurídica a la vida prenatal, como a la tesis de la subjetividad del concebido como mera afirmación desprovista de concretos efectos jurídicos³³. Esta tesis tendría como precedente relevante el artículo 12 del Código Civil francés, en la redacción dada en las leyes sobre la bioética, que reconoce la “*primauté de la personne*” y asegura “*le respect de tout être humain dès le commencement de la vie*”, donde la diferencia estaría entre “reconocer” y “respetar”.

Siguiendo esta línea, se podría por tanto argumentar que el concebido tiene una subjetividad, pero específica y propia (y distinta de la de “persona” en el sentido propio de la palabra): él gozaría pues de ciertos derechos reconocidos también por la legislación y la jurisprudencia (y que pueden ser ampliados y restringidos por las mismas), tales como el derecho a la vida, a la identidad genética, a la salud –establecido por la jurisprudencia en materia de tutela resarcitoria– e incluso a las relaciones familiares (como lo considera la jurisprudencia sobre indemnización por daños).

Se trata de una conclusión que pretende graduar la titularidad de los derechos desde la óptica de la no uniformidad de su catálogo: por analogía –aunque *mutatis mutandis*– con la jurisprudencia, también la constitucional, que incluso dentro de la misma “categoría” de “persona” distingue respecto a la pertenencia de los derechos garantizados por la Constitución en relación con el *quantum* de la protección que les presta. Piénsese en la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, con base en la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a los segundos deben reconocerse los derechos inviolables, pero solo con respecto a su núcleo fundamental, mientras que no se impide que el legislador distinga, incluso dentro de la protección de un derecho inviolable, entre el *quantum* de protección ofrecida a todos y cuánta se puede reconocer solo a los ciudadanos³⁴. En esta perspectiva, así como en la relación entre embrión/sujeto y persona, el criterio rector es el de la razonabilidad, puesto que, como ha afirmado la Corte Constitucional, en esta materia el legislador ordinario tiene “una amplia

a individuos (que continúan estando) privados de capacidad jurídica según el Código Civil está obligado a considerar que el dogma de la ecuación subjetividad/capacidad jurídica se ha roto definitivamente, evidenciando la inidoneidad de la noción del Código de capacidad jurídica de agotar la búsqueda de individuos merecedores de protección en relación con los principios fundamentales de la Constitución”.

³² Así A. SPADARO, *Cellule staminali*, cit.

³³ F. D. BUSNELLI, “Ai confini della soggettività”, en F. TESCIONE (ed.), *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, Nápoles, 2010, 47.

³⁴ Para referencias a la jurisprudencia constitucional italiana sobre este punto permítaseme remitirme a E. ROSSI, “Commento all’art. 2”, en *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO y M. OLIVETTI (eds.), vol. I, Turín, 2006, pp. 47 ss.

discrecionalidad, limitada, en el marco de la adecuación a la Constitución, solo por el vínculo de que sus opciones no sean manifiestamente irrazonables” (sentencia núm. 62/1994). Por lo tanto, la identificación de las situaciones jurídicas que se han de reconocer al embrión solo podrá ser el resultado de opciones discrecionales fundadas sobre efectivas “diferencias de situaciones fácticas y de las consiguientes valoraciones jurídicas” (Corte Constitucional. núm. 104/1969).

4. ¿ES POSIBLE DISTINGUIR ENTRE “CATEGORÍAS” DE EMBRIONES? LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL DISTINTO TRATO (CON CONSECUENCIAS PARADÓJICAS) DE LOS EMBRIONES IN VITRO RESPECTO A LOS EMBRIONES IN VIVO

Otro aspecto crítico es la posibilidad de atribuir las conclusiones que acabamos de indicar a cada embrión (o concebido, si se prefiere), o si, por el contrario, es necesario diferenciar entre “categorías” de embriones. Me refiero en particular a la distinción entre embriones *in vitro* (por lo tanto, aún no implantados en el útero materno) y en los embriones *in vivo*: según algunos, de hecho, solo debería reconocerse la subjetividad a los segundos, y no en cambio a los primeros.

La ley italiana, en verdad, parece dar la vuelta al problema que acabamos de mencionar. La condición de los embriones *in vitro* es, de hecho, regulada por la ley de fecundación asistida, la cual les garantiza una tutela muy relevante, tanto para impedir la creación de un número de embriones superior al estrictamente necesario (antes de la intervención de la Corte Constitucional – con la sentencia núm. 151/2009 – dicho número era indicado directamente por la ley, y se establecía la obligación de una implantación única: la Corte consideró estas previsiones irrazonables y potencialmente lesivas del derecho a la salud de la mujer), y así impedir la crioconservación de los embriones producidos (mientras que tras el fallo de la Corte deben conservarse aquellos no implantados por elección médica).

La condición de los embriones *in vivo* en cambio es disciplinada por la ley de interrupción voluntaria del embarazo, la cual prevé la posibilidad para la mujer de llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo sustancialmente sin necesidad de motivación en los primeros noventa días³⁵. Así, el resultado paradójico de esta situación es que “el embrión es persona en la probeta pero cosa en el útero materno; sagrado e inviolable en el estado de

³⁵ Dentro de dicho plazo, en efecto, si bien la ley subordina la admisibilidad de procedimientos abortivos a determinadas condiciones, “la serie de circunstancias materiales que legitiman la petición de la mujer, además de resultar más bien lábil e incierta, no se acompaña ciertamente por la previsión de alguna forma de verificación vinculante por parte del órgano al que la mujer se ha de dirigir”: así T. PADOVANI, *Procreazione*, cit., 976.

óvulo fecundado y privado del ámbito materno que le es indispensable para venir al mundo, pero a merced del principio de autodeterminación de la mujer una vez implantado, e incluso una vez que se alcanza el estado fetal”, con una situación en general “más que de irrazonabilidad, de esquizofrenia”³⁶. A esto se añade una paradoja más: que la eventual implantación del embrión *in vitro* en el útero materno, y la subsiguiente posible decisión de la mujer de abortar, haría que la “persona” primero se convirtiese en *res*, y luego fuese suprimida. O, para continuar con las paradojas, que si se desea eliminar un embrión primero hay que implantarlo en el útero, porque solo así se “degrada” su ser como persona.

Así que, por lo que se ha dicho, la situación se invierte con respecto a la perspectiva indicada: en efecto no es a los embriones *in vivo* a los que se reconoce subjetividad, sino a aquellos *in vitro*. Eso sería posteriormente contradictorio si se adhiriese a la tesis propuesta que tiende a distinguir las dos situaciones recurriendo a diferencias ontológicas entre los dos “tipos” de embrión: mientras el embrión *in vivo* estaría en una condición de desarrollo de la vida prenatal, el otro no (aunque haya que considerarlo “un verdadero y propio *sujeto posible*, un sujeto futuro, un quasi-sujejo”³⁷). Esta conclusión tiene un fundamento lógico que no es fácil de superar: aun suponiendo que es cierto todo lo que se ha dicho hasta ahora acerca de la subjetividad del embrión y por tanto su catálogo de derechos, es claro que se trata de un sujeto que requiere (en el estado actual del conocimiento científico, por lo menos) de una mujer que lo acoja y lo lleve a buen fin con el parto. Pero igualmente claro es que una conducta de este género no puede ser impuesta ni siquiera a aquella mujer que, junto con su pareja, haya solicitado y obtenido la producción de embriones en la clínica: en efecto ella podría cambiar de opinión más tarde y no querer la implantación. En esta circunstancia es difícil si no imposible –incluso en el plano de los principios constitucionales– imaginar una obligación de actuar sobre el cuerpo de la mujer (al respecto alguno ha hablado incluso de un “estupro medicalizado”³⁸). Estaríamos ante un comportamiento que podría dar lugar a eventuales acciones de responsabilidad contra la mujer y su pareja, las cuales, sin embargo serían inadecuadas para proporcionar ningún tipo de protección al embrión o a los embriones producidos.

³⁶ Como justamente subraya C. TRIPODINA, *Statuto dell’embrione*, cit., 6. Análogamente S. CECCANTI, “Procreazione assistita: ci sono tre problemi di costituzionalità”, in www.forumcostituzionale.it, 7 de abril de 2004, para quien “la razonabilidad (y primero aun la lógica) lleva consigo un necesario aumento de tutela a medida que se va aproximando al nacimiento y no una protección “a saltos”, ignota a cualquier ordenamiento”.

³⁷ F. MODUGNO, “La fecondazione assistita alla luce di principi e della giurisprudenza costituzionale”, en *Rass. parlamentare*, 2005, 371.

³⁸ D. CARUSI, “In vita, “in vitro”, in potenza. Verso una donazione dell’embrione soprannumerario?”, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 336.

5. LA CONDICIÓN PARTICULAR DE LOS LLAMADOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS Y LAS POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS A SU CONDICIÓN

Otro aspecto crítico viene dado por la condición de los llamados embriones supernumerarios. Se trata, como se sabe, de los embriones congelados y que no están destinados a implantarse (el número total de ellos, en Italia, es una fuente de incertidumbre, y en las últimas semanas noticias de prensa indican que se habría decidido no recogerlos más en un único centro, como se había decidido anteriormente). Sobre la base de datos proporcionados por el Instituto Superior de la Salud en 2011, en Italia existirían 3.415 embriones crioconservados abandonados por 825 parejas; sin embargo, en el caso de otros 6.079 embriones congelados no es posible localizar a los 1.499 padres. Por tanto, habría aproximadamente 10.000 embriones crioconservados, si bien las cifras son muy aleatorias (de hecho, otros hablan de 20.000 embriones o incluso 27.000).

El problema que estos plantean es un dilema: ¿conservarlos en el estado en que se encuentran, a sabiendas de que están destinados a morir, o utilizarlos con fines de investigación, como se solicita desde el mundo científico (y no solo)? En verdad, habría una tercera posibilidad, que la ley podría prever por lo menos para algunos de ellos³⁹: permitir la “adopción” o la implantación en mujeres que estuvieran disponibles. Hipótesis que de un lado se enfrenta a la prohibición de la fecundación heteróloga establecida por la ley italiana, y que además requeriría una adhesión voluntaria (entre otras cosas, no sólo de una mujer, sino de una pareja, estando la adopción vedada a personas solas). Esta es, por otra parte, la solución adoptada en algunos países europeos, por ejemplo en Francia con la ley núm. 800/2004, donde es posible por parte de las parejas decidir si destinan sus embriones a parejas infériles, a la investigación o su supresión. Las estadísticas muestran que de los 173.523 embriones congelados de 50.000 parejas, el 50% han sido abandonados, 37.000 por indicación escrita de sus padres, mientras que en 45.000 casos no ha sido posible localizar a las parejas donantes. Quien ha dejado indicaciones, lo ha hecho así: 10.000 han dado el embrión a parejas infériles, otros tantos a la investigación, mientras que 17.000 han pedido no conservarlos más (teniendo en cuenta que en Francia, sin embargo, el tiempo límite de crioconservación sin indicación de los padres es de 5 años).

Pero en un sistema jurídico donde la normativa no proporciona condiciones para la utilización de los embriones sobrantes *¿quid juris?* Es evidente, por su parte, que una eventual investigación científica sobre dichos embriones

³⁹ Hay que decir para aquellos que son crioconservados por un número limitado de años, porque para los otros se considera que se ha producido un deterioro tal que los hace inutilizables para el propósito: lo que acentúa la conclusión que se indica en el texto, al menos para estos últimos.

no se dirigiría a preservar sus vidas, sino eventualmente a producir efectos potencialmente benéficos para ciertas enfermedades y así –siempre potencialmente– para otros sujetos. Las razones que llevan a algunos a creer incorrecto el uso de tales embriones con fines de investigación científica parten de una doble motivación: en primer lugar, que el propósito de la ley no solo es la protección del derecho a la vida de los embriones, sino también de su dignidad, la cual sería violada en el caso de una utilización con fines de investigación científica, y en segundo lugar porque habría de todos modos una diferencia entre dejar morir y la intervención activa con fines eliminatorios. Sobre la base de estas premisas, se ha afirmado que “asumiendo la premisa mayor de que el hombre, sin su consentimiento y con fines que no sean potencialmente positivos incluso para su propia salud, no puede ser objeto de experimentación, y admitiendo la premisa menor de que el embrión es persona humana, la conclusión solo puede ser que incluso los embriones supernumerarios destinados a un fin cierto, pueden ser objeto de investigación experimental”⁴⁰.

Este enfoque me parece, sin embargo, demasiado rígido y viciado de presupuestos ideológicos. En efecto, partiendo de la premisa de que estos embriones están destinados a morir de todos modos y que no hay otra perspectiva para ellos (esta es la premisa lógica del discurso, y no es actualmente controvertida), creo que deberíamos preguntarnos si se protege más su *dignitas* haciéndolos vegetar en espera de la muerte –cierta e inevitable– o permitir que por medio de ellos otras vidas humanas se pueden salvar y/o mejorar⁴¹. A mí me parece que la solución, tanto lógica como finalista, de tutela de la vida humana, se orientaría más bien en el sentido de permitir su utilización: regulada, dirigida, acompañada de la necesaria protección, por supuesto, pero no prohibida en nombre de una declaración de principio puramente abstracta. El peligro a que podría dar lugar esa conclusión, o el posible “deslizamiento ético”, debe considerarse una preocupación a tener en cuenta, pero no es un obstáculo absoluto: como bien sostiene Spadaro, se trata de una “razón práctica ligada a argumentaciones excesivamente preconcebidas y pesimistas, además de no compatibles (...) con la “idea de la situación”, la cual sin embargo debería inspirar cada opción jurídica *razonable*”⁴².

⁴⁰ C. TRIPODINA, *Statuto dell'embrione*, cit., 5. Para tal posición v. entre otros, S. BAGNI, “La nuova legge sulla procreazione assistita alla prova della Consulta sarebbe davvero destinata all'aborto?”, en www.forumcostituzionale.it

⁴¹ En términos análogos, si bien en mi opinión excesivamente orientados a una utilización de los embriones en cuestión con la finalidad de investigación científica (hasta el punto de considerar inconstitucional la ley italiana sobre fecundación por violación del principio de libertad de investigación científica) v. G. COLETTA, “Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano”, en *Revista brasileira de Direito Constitucional*, en./jul. 2011, 311 ss.

⁴² A. SPADARO, *Cellule staminali*, cit. Según el mismo autor (en *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*), la sentencia del Tribunal de Justicia

Comparto, por tanto, la solución del art. 18 de la Convención de Oviedo, que prohíbe la creación de embriones *in vitro* con fines de investigación, admitiendo de manera implícita que la investigación con embriones supernumerarios puede tener lugar cuando ello es permitido por la ley nacional, garantizando en todo caso una protección adecuada del embrión⁴³.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UN ESTATUTO O MÁS ESTATUTOS DEL EMBRIÓN SEGÚN LOS ÁMBITOS A QUE SE REFIERA?

Como conclusión parcial a estas consideraciones, quiero formular dos preguntas finales.

La primera de ellas ha atravesado en cierta medida los distintos puntos examinados. Y es una pregunta que está bien resumida en la sentencia núm. 151/2009 de la Corte Constitucional, donde se lee: “A este respecto, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha puesto el acento repetidamente en los límites que plantean los logros científicos y experimentales, que están en continua evolución y en los que se funda el arte médico, a la discrecionalidad legislativa”. Si el legislador está limitado en su discrecionalidad, no solo por las fuentes constitucionales, sino también (directa o indirectamente) por la ciencia, ¿qué margen tiene para definir un estatuto jurídico de una entidad sobre la que no hay (o tal vez puede cambiar) una evidencia científica? ¿Cuál es, en esencia, el “margen de apreciación” reservado al derecho (y me refiero, en general, a todo el derecho, independientemente de su fuerza normativa: constitucional o legislativa, etc.)?

La segunda pregunta en cierta medida está relacionada con la anterior: ¿es correcta una disciplina jurídica del embrión en sí mismo considerado, y por tanto independientemente del ámbito y para los propósitos para los cuales se ha regulado? En la situación actual se considera, en los distintos países, una disciplina diferenciada en función de que se considere el embrión como destinado a la fecundación asistida o a la experimentación científica, o bien objeto de regulación en el ámbito de la disciplina sobre el aborto. Por lo tanto, no parece que se pueda hablar de un “status” del embrión, sino de tantos estatutos cuantos sean los ámbitos en los cuales se le considere. ¿Es esto correcto?

citada al inicio puede llegar a ser engañosa en relación con dicho aspecto, porque refiriéndose a la producción de células estaminales totipotentes corre el riesgo de impedir la utilización científica de los embriones criocongelados existentes, no adoptables y destinados de todos modos a no ser utilizados de ningún modo, ni tampoco la posibilidad de patentar la producción de tales células estaminales pluripotentes, que no son y no pueden nunca convertirse en embriones: de modo que, según el autor, “parece que el Tribunal de Luxemburgo, más que inspirarse en el “principio de precaución”, haya pecado de “exceso de precaución””.

⁴³ Sobre tal previsión v., entre otros, G. CATALDI, “La Convenzione del Consiglio d’Europa sui diritti dell’uomo e la biomedicina”, en L. CHIEFFI (ed.), *Bioetica e diritti dell’uomo*, Turín, 2000, 269 ss.

No estoy seguro de cuál sea la respuesta correcta, o por lo menos la mejor.

Por un lado, exigencias de coherencia lógica y jurídica, así como de garantía del respeto del principio de igualdad y no discriminación, me harían inclinar hacia la necesidad de definir un *status* unitario, aplicable en todas las circunstancias e independientemente de la “utilización” que se quiera hacer del embrión o de las circunstancias en las que sea considerado por las disposiciones normativas⁴⁴. Por otro lado, es cierto que casi ningún *status* es uniforme en relación con las circunstancias en las cuales entra en contacto. Dicho en otras palabras, incluso el *status* es relativo, ya que va ligado a la ponderación que hay que llevar a cabo entre los derechos o los intereses del que el mismo es portador con otros derechos e intereses. Así que incluso si reconstruimos o definimos el estatuto del embrión de manera unitaria, esto no significará que vaya a tener un trato jurídico diversificado en razón del hecho de que esté destinado a la fecundación asistida, o que sea objeto de un embarazo natural y en esta situación puedan sufrir daños u otras eventualidades, o incluso que la mujer que lo lleva pueda decidir si continuar o interrumpir el embarazo.

Esta segunda posición, sin embargo, me parece idónea para justificar la necesidad de definir un *status* que tenga en cuenta las distintas circunstancias y necesidades de regulación, pero las razones antes mencionadas hacen que me incline hacia la necesidad de una regulación lo más unitaria posible y, sobre todo, que conciba unitariamente el embrión y su estatus jurídico. Por el momento esto puede y debe hacerse en el nivel de los Estados, y sin embargo, la orientación de la jurisprudencia adoptada por el Tribunal de Justicia en el caso *Brüstle v. Greenpeace* puede ser portadora de consecuencias también sobre este plano: si se consolida la convergencia sobre el concepto de embrión, es posible que en un tiempo más o menos rápido se consolide también la convergencia sobre su disciplina jurídica.

⁴⁴ Una problemática análoga surge, en la jurisprudencia constitucional italiana, con referencia a la noción de “muerte”, que estaba legislativamente definida de forma diversa según se refiriese a cuerpos destinados al trasplante de órganos o a cuerpos no utilizables a tal fin: la cuestión de constitucionalidad, elevada a la Corte, concluyó con una decisión de devolución al juez *a quo* porque mientras tanto se había aprobado una nueva ley (ley de 29 de diciembre de 1993, núm. 578) que había uniformado las modalidades de verificación de la muerte (auto núm. 273/1994).

Dignidad humana y patentabilidad de invenciones biomédicas

Pablo Nuevo López

Profesor doctor de Derecho constitucional
Coordinador de la Cátedra Gift & Task de Bioética y Derecho
Universidad Abat Oliba CEU

Recibido: 02.05.12
Aceptado: 31.05.12

Resumen: A partir del análisis de dos Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, el autor aborda en este trabajo la aplicación del derecho a la dignidad humana, reconocido en el art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, en los procesos de patentes de invenciones biotecnológicas resultado de investigaciones en las que se emplea como materia prima embriones humanos.

Palabras clave: dignidad humana, embrión, patentabilidad, Carta de derechos fundamentales, Unión Europea.

Abstract: *From the analysis of two judgments of the Court of Justice of the European Union on the Directive on the legal protection of biotechnological inventions, the author addresses in this work the implementation of the right to human dignity, enshrined in art. 1 of the EU Charter of Fundamental Rights, in the process of patenting of biotechnological inventions resulting from research that used human embryos as raw material.*

Key words: *human dignity, patentability, Charter of fundamental rights, European Union.*

Sumario: I. Introducción.—II. La Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98.—III. La Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10.—IV. Dignidad de la persona e investigación biomédica.

I. INTRODUCCIÓN

Los avances producidos en los últimos tiempos en el ámbito de la biotecnología han permitido descubrir nuevos tratamientos para las enfermedades degenerativas, suscitando la esperanza de que sea posible curar enfermedades que, hasta ahora, parecían incurables. En la investigación biotecnológica está cobrando una importancia especial la realizada a partir de células madre, por su capacidad para evolucionar para convertirse en todo tipo de células especializadas. Dicha investigación puede hacerse a partir de células madre adultas, células obtenidas del cordón umbilical, o de células madre embrionarias.

A este respecto, se ha subrayado el enorme potencial de las células madre en biomedicina, dado que tienen una capacidad ilimitada para desarrollarse

como células especializadas, aparte de que parece que no afectan al sistema inmunológico de la persona en que se implantan¹. No obstante, la investigación con células madre de origen embrionario plantea cuestiones éticas, pues para llevar a cabo la investigación es preciso proceder a la destrucción de los embriones humanos usados en la misma.

Por otro lado, la investigación con células madre requiere de grandes inversiones económicas, inversiones que además de recursos públicos requieren del empleo de fondos privados, si bien es difícil que haya financiación privada para este tipo de investigación si no es posible obtener una explotación comercial o industrial del resultado de la misma².

De ahí que la Unión Europea, consciente de la importancia del desarrollo de la biotecnología, adoptara en 1998 una Directiva relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas³. En este sentido, la Comisión Europea consideró la concesión de patentes en este ámbito podría servir para incentivar a las empresas europeas a invertir en el campo de la biotecnología⁴.

Ahora bien, la concesión de patentes a invenciones biomédicas no es una cuestión exclusivamente relativa a la explotación comercial e industrial de los resultados de la investigación científica, pues en la medida en que en dicha investigación en ocasiones se recurre a la utilización de embriones humanos es preciso analizar cuál sea el estatuto de los mismos, con objeto de dilucidar si una tal patentabilidad afecta o no a los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea⁵, especialmente al derecho a la dignidad humana reco-

¹ Cfr. DEUTSCH, E. "Research and Use of Stem Cells", *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 21, 2004, 51-65. Vid., asimismo, WITHERSPOON COUNCIL REPORT, "The Stem Cell Debates", EN *The New Atlantis*, núm. 34, 2012, especialmente los Apéndices A "The Scienceof Embryonic Stem Cell Research" y B "The Promise of Stem Cell Therapies".

² GARCÍA DE PABLOS, J-F. "La patentabilidad de las investigaciones biotecnológicas a la luz de la jurisprudencia comunitaria", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 26, Nueva Época, Marzo-Abril de 2012, p. 29.

³ Directiva 98/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. DO núm. L 213, de 30/07/1998, p. 13 y ss. En el Considerando primero de esta Directiva, (en adelante, referida como Directiva 98/44/CE) se señala, expresamente, que "la biotecnología y la ingeniería genética desempeñan una función cada vez más importante en un número considerable de actividades industriales y que la protección de las invenciones biotecnológicas tendrá sin duda una importancia capital para el desarrollo industrial de la Comunidad".

⁴ COM (2002) 545, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 7 de octubre de 2002, sobre Evolución e implicaciones del Derecho de patentes en el ámbito de la biotecnología y de la ingeniería genética. Sobre la necesidad de unificar criterios en este ámbito, para garantizar la competencia en el Mercado, vid. ROMEO-CASABONA, C.M. "Embryonic Stem Cell Research and Therapy at European Level: Is a common legal framework needed?", *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 15, 2001, especialmente pp. 136-138.

⁵ En la medida en que la Unión Europea no tiene atribuidas ni una competencia general en materia de derechos fundamentales ni competencias en materia de investigación que le

nocido en el art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En este sentido, hay que recordar que de acuerdo con el Derecho de la Unión “la patentabilidad de la materia biológica se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garanticen la dignidad y la integridad de las personas”⁶.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la biotecnología afecta a la dignidad no como amenaza para individuos aislados, sino poniendo a disposición de la técnica la naturaleza humana en su totalidad, cuestionando la imagen del hombre en la Constitución (la cualidad del hombre como sujeto, última certeza de la Constitución)⁷. Como ha puesto de manifiesto Benda, en relación con los retos que la biotecnología plantea al Derecho en general y a la pretensión de protección de la dignidad humana en particular, hasta ahora “no se pretendía proteger a la persona ideal plasmada en las normas, sino únicamente a aquella directamente afectada”; situación que cambia con las técnicas biomédicas, que permiten influir “en la esencia misma de la persona”, pudiendo afecta “al destino de futuras generaciones respecto de las que somos responsables”⁸. En este sentido, se ha llegado a decir que los avances biomédicos “han puesto en cuestión nuestra imagen tradicional de nosotros mismos como seres humanos”⁹, por lo que plantean “nuevos conflictos en torno a los derechos fundamentales y al Estado constitucional”¹⁰.

Por estas razones la Directiva 98/44/CE excluyó de la patentabilidad tanto el cuerpo humano (art. 5) como “las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad” (art. 6), incluyendo en el apartado 2 de este precepto una lista no exhaustiva de invenciones que se considerarán no patentables. De hecho, se ha llegado a sostener que se trata de una Directiva más pendiente de explicar qué se pretende regular, o con qué alcance, que de la regulación en sí misma¹¹.

permitan establecer el régimen jurídico sustantivo que debe regir las investigaciones biomédicas, me limitaré en el presente trabajo a analizar la relación de la patentabilidad de investigaciones realizadas con embriones con la garantía de la dignidad humana del art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁶ GARCÍA DE PABLOS, J.-F. “La patentabilidad de las investigaciones biotecnológicas a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Op. cit.*, pp. 28 y ss.

⁷ SIMON, J. “La dignidad del hombre como principio regulador en la bioética”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, 2000, pp. 25-26.

⁸ BENDA, E. “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en: BENDA, MAI-HOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 135.

⁹ DÍEZ-PICAZO, L. Mª, “Bioética y legislación (Dificultades de la regulación jurídica en materia bioética)” *Revista de Occidente*, núm. 214, 1999, p. 11.

¹⁰ RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J. *Genoma humano y Constitución*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 28-29.

¹¹ MARTÍN URANGA, A. “Las patentes biotecnológicas: decisiones de la Oficina Europea de Patentes y del Tribunal de Justicia Europeo”, *Bioética y Derecho*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, p. 266.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones en relación con la citada Directiva y la protección que otorga, a efectos del derecho de patentes, a la garantía de la dignidad humana. En una primera Sentencia¹², resolviendo un Recurso de Anulación interpuesto por los Países Bajos (al que se unieron Italia y Noruega), el Tribunal de Luxemburgo tuvo que analizar si el orden público y la moralidad constituyen conceptos suficientemente claros, cuál es el significado y objeto de la excepción establecida por el artículo 6, apartado 1, de la Directiva y de qué modo afecta la Directiva a los derechos fundamentales, en particular si éstos son vulnerados por el artículo 5.2 de la Directiva. En la segunda Sentencia¹³, el Tribunal de Justicia ha abordado la cuestión de qué debe entenderse por embrión humano a los efectos de la Directiva, confiriendo un cierto estatuto jurídico al embrión, y extendiéndole la garantía de la dignidad humana del art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

En el presente trabajo procederé a analizar dichas Sentencias (epígrafes II y III), para a continuación valorarlas desde la perspectiva de la protección de la dignidad humana y de las repercusiones que pueda tener en la legislación española sobre investigación biotecnológica (epígrafe IV).

II. LA SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 2001, PAÍSES BAJOS/COMISIÓN, ASUNTO C-377/98

a) Los hechos del caso.

Como he señalado anteriormente, la Unión Europea adoptó el 6 de julio de 1998 la Directiva 98/44/CE, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Esta Directiva fue adoptada sobre la base del entonces artículo 100 A del Tratado CE, teniendo por objeto armonizar la regulación en esta materia y al tiempo confiar a los Estados miembros la tarea de proteger las invenciones biotecnológicas mediante su Derecho nacional de patentes y en observancia de sus compromisos internacionales.

Para alcanzar su finalidad, la Directiva distingue en particular, dentro de las invenciones relativas a los vegetales, los animales y el cuerpo humano, entre invenciones patentables y no patentables, tratando de este modo conciliar la armonización de la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas con el respeto a los principios de dignidad humana y protección de la integridad de la persona.

En su Recurso, el Reino de los Países Bajos señaló que actuaba por petición expresa del Parlamento de los Países Bajos, habida cuenta de la reacción generada contra las manipulaciones genéticas de animales y vegetales y contra

¹² Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98.

¹³ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10.

la concesión de patentes sobre los productos de procedimientos biotecnológicos que pueden favorecer tales manipulaciones¹⁴.

En el Recurso se alegaba que la Directiva había sido dictada sin base jurídica para ello, así como la falta de respeto al principio de subsidiariedad, la vulneración de la seguridad jurídica, el incumplimiento de obligaciones internacionales, la vulneración de derechos fundamentales y que no se siguió el procedimiento adecuado¹⁵. No obstante, por la naturaleza del presente trabajo únicamente abordaré las cuestiones de la moralidad y el orden público como límite a la patentabilidad de invenciones biotecnológicas y las relativas al respeto de los derechos fundamentales, particularmente el derecho a la dignidad humana.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, en el Recurso de anulación el representante de los Países Bajos consideraba que el texto de la Directiva vulneraba el principio de seguridad jurídica al conferir a las autoridades nacionales “competencias discrecionales para la aplicación de conceptos formulados en términos generales y equívocos, como los conceptos de orden público y de moralidad que figuran en su artículo 6”¹⁶.

Esta alegación se formulaba en relación al Considerando 39 de la Directiva y al art. 6 de la misma. En efecto, el Considerando 39 de la citada Directiva establece que

“Considerando que el orden público y la moralidad se corresponden, en particular, con los principios éticos y morales reconocidos en un Estado miembro, cuyo respeto es particularmente necesario en el terreno de la biotecnología, a causa del considerable alcance de las consecuencias potenciales de la invención en este ámbito y de sus vínculos naturales con la materia viva; que tales principios éticos y morales vienen a añadirse a los controles jurídicos habituales del Derecho de patentes, independientemente del ámbito técnico a que pertenezca la invención”.

Asimismo, de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva

“Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria”.

¹⁴ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 4.

¹⁵ Cfr. FERNANDO MAGARZO, M. R. “Comentario al Recurso de anulación presentado por el Reino de Holanda contra la Directiva 98/44 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, 2000, pp. 145-162.

¹⁶ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 35.

De ahí que el representante de los Países Bajos considerara que para determinar el límite de la patentabilidad la norma recurría a conceptos no suficientemente claros, lo cual podría originar problemas de interpretación a la hora de apreciar si una invención biotecnológica vulnera o no el orden público o la moralidad.

En virtud de estas consideraciones, el Reino de los Países Bajos consideraba que la Directiva, lejos de eliminar la incertidumbre jurídica en la materia objeto de regulación, la agravaba.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, esto es, el modo en que la Directiva infringía derechos fundamentales, a juicio del demandante “la patentabilidad de elementos aislados del cuerpo humano, que se deriva del artículo 5, apartado 2, de la Directiva, equivale a una instrumentalización de la materia viva humana, contraria a la dignidad del ser humano”¹⁷.

El art. 5.2 de la Directiva establece al respecto lo siguiente:

“Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural”.

En consecuencia, en la medida en que a juicio del representante de los Países Bajos la Directiva establece que son patentables elementos aislados del cuerpo humano, se está procediendo a considerar la materia humana viva como un instrumento, lo cual implica una vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana.

b) La respuesta del Tribunal de Justicia.

(i) Sobre la indeterminación de los conceptos de orden público y moralidad como límite de la patentabilidad de invenciones biotecnológicas.

El Tribunal de Justicia desestimó el argumento de los Países Bajos, considerando que la referencia de la Directiva al orden público y la moralidad no conllevaba inseguridad jurídica alguna¹⁸.

Con carácter previo, el Tribunal de Justicia reconoció que el texto de la Directiva remitía, en este punto, a lo que decidieran los Estados miembros, confiriéndoles un amplio margen de maniobra para la aplicación de este criterio de exclusión.

No obstante, a juicio del Tribunal esta remisión a los órganos nacionales para la concreción de la exclusión de patentabilidad de invenciones por infringir

¹⁷ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 69.

¹⁸ Sobre esta Sentencia véase, también, MARTÍN URANGA, A. “Las patentes biotecnológicas: decisiones de la Oficina Europea de Patentes y del Tribunal de Justicia Europeo”, *Op. cit.*, pp. 288-293.

el orden público o la moralidad lejos de crear una situación de inseguridad jurídica viene exigida por la naturaleza de la materia objeto de regulación, en la que hay una gran diversidad de opiniones y valoraciones en el conjunto de la Unión. De este modo, el Tribunal de Justicia subrayó que “dicho margen de maniobra es necesario para tener en cuenta las dificultades concretas que puede ocasionar la explotación de determinadas patentes en el contexto social y cultural de cada Estado miembro”¹⁹, recordando además que cláusulas de este tipo son habituales en el Derecho de patentes y en el Derecho internacional.

Además, el Tribunal de Justicia señaló que el margen de apreciación de que gozan los Estados no es enteramente discrecional, pues el art. 6 de la Directiva establece un doble control al mismo: por un lado, al disponer en su apartado 1 que la mera prohibición por una disposición legal o reglamentaria no convierte a la explotación de una invención en contraria al orden público o la moralidad; por otro, al incluir en el apartado 2 cuatro ejemplos de procedimientos y utilizaciones no patentables. Por tanto, queda claro que “el legislador comunitario proporciona una guía, desconocida en el Derecho general de patentes, para la aplicación de los conceptos de que se trata”²⁰.

Esta guía proporcionada por el legislador comunitario excluye, así, la inseguridad jurídica, con la garantía adicional –recordada en sus Conclusiones por el Abogado General Sr. Jacobs– de la posibilidad de control judicial de la interpretación efectuada por las autoridades nacionales. En este sentido, considero el Abogado General Sr. Jacobs que

“la aplicación por parte de las autoridades nacionales de los conceptos de orden público y moralidad queda siempre sujeta al control del Tribunal de Justicia, de modo que los Estados miembros no tienen un poder discrecional ilimitado para determinar su alcance”²¹.

Además, esta garantía formal de posible revisión judicial viene acompañada, asimismo, de la necesaria interpretación restrictiva de la cláusula al orden público y la moralidad como criterios de exclusión de la patentabilidad²², pues el Tribunal de Justicia ha declarado que

“el recurso, por parte de una autoridad nacional, al concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social

¹⁹ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 38.

²⁰ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 39.

²¹ Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. JACOBS, presentadas el 14 de junio de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Apartado 101.

²² Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. JACOBS, presentadas el 14 de junio de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Apartado 101.

que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”²³.

En lo referente a estos criterios de exclusión de patentabilidad de invenciones biotecnológicas subyace un equilibrio delicado entre la afirmación de principios comunes, propios de la civilización europea, y el reconocimiento de que “algunos aspectos éticos puedan valorarse más adecuadamente en el contexto cultural de un determinado Estado miembro”²⁴.

En cualquier caso, las consideraciones anteriores llevaron al Tribunal de Justicia a desechar el argumento del representante de los Países Bajos conforme al cual la Directiva 44/98/CE vulneraba el principio de seguridad jurídica.

(ii) Sobre la patentabilidad de elementos aislados del cuerpo humano y la instrumentalización de la materia viva humana.

Después de aceptar que en este ámbito se planteaba una cuestión relativa a los derechos fundamentales (en particular, al derecho a la dignidad humana), el Tribunal de Justicia procedió a rechazar este argumento del Representante de los Países Bajos. En efecto, para el Tribunal de Luxemburgo la regulación de la Directiva no permite instrumentalizar la materia viva humana, por lo que no vulnera el derecho a la dignidad.

El Tribunal de Justicia, para llegar a esta conclusión, puso de manifiesto cómo la Directiva protege la dignidad humana, pues el art. 5 de la misma prohíbe “que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable”²⁵. Además, el Tribunal de Justicia recordó que “los elementos del cuerpo humano tampoco son de por sí patentables y su descubrimiento no puede ser objeto de protección”²⁶.

El art. 5.2 de la Directiva establece al respecto que:

“Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural”.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau/Reino unido, Asunto C-30/77, Apartado 35.

²⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. JACOBS, presentadas el 14 de junio de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Apartado 102.

²⁵ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 71.

²⁶ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 72.

Por tanto, a la luz de esta regulación, “sólo es posible solicitar una patente para aquellas invenciones que asocien un elemento natural a un procedimiento técnico que permita aislarlo o producirlo con miras a su aplicación industrial”²⁷.

Y es que, como recordó en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Jacobs, “conforme al Derecho general de patentes, sólo las invenciones nuevas que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial son patentables”²⁸.

En consecuencia, ningún elemento del cuerpo humano, considerado en sí mismo, puede ser patentado, pues la Directiva excluye que tal elemento, en su entorno natural, sea objeto de apropiación.

Estas consideraciones son de aplicación a las investigaciones relativas a los genes. Si el resultado de la investigación lo constituye el descubrimiento de una secuencia de ADN, el mismo no será patentable. Para el Tribunal de Justicia,

“el resultado de dichas investigaciones sólo puede dar lugar a la concesión de una patente si la solicitud va acompañada, por un lado, de una descripción del método original de secuenciación que ha hecho posible la invención y, por otro lado, de una memoria sobre la aplicación industrial que se dará a dichas investigaciones, tal como precisa el artículo 5, apartado 3, de la Directiva”²⁹.

En cualquier caso, y ante la posibilidad de que nuevos avances en esta materia posibiliten productos o procedimientos actualmente inimaginables que vulneren la dignidad humana, “el artículo 6 de la Directiva proporciona una garantía adicional, por cuanto califica de contrarios al orden público o a la moralidad y, por tanto, de no patentables los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”³⁰.

A esto se añade que de acuerdo con el trigésimo octavo considerando de la Directiva precisa que la lista del art. 6 no es exhaustiva y que aquellos procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad.

²⁷ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 72.

²⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. JACOBS, presentadas el 14 de junio de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Apartado 199.

²⁹ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 74.

³⁰ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 76.

En conclusión, en opinión del Tribunal de Justicia, “la Directiva limita el Derecho de patentes de modo suficientemente estricto para que el cuerpo humano permanezca efectivamente indisponible e inalienable, garantizándose así el respeto de la dignidad humana”³¹.

Así, el Tribunal de Luxemburgo adoptó una postura “favorable a la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales en este delicado terreno”³².

III. LA SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2011, OLIVER BRÜSTLE/GREENPEACE EV, ASUNTO C-34/10

a) Los hechos del caso

La Sentencia trae causa de tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) mediante resolución de 17 de diciembre de 2009, en el procedimiento entre el Sr. Oliver Brüstle y Greenpeace eV.

El Sr. Brüstle registró el 19 de diciembre de 1997 una patente, con el objeto de obtener protección jurídica para una invención biotecnológica referida a células progenitoras neuronales aisladas y depuradas, a su procedimiento de producción a partir de células madre embrionarias y a la utilización de las células progenitoras neuronales en la terapia de afecciones neurológicas.

De acuerdo con los hechos explicados en la Sentencia,

“En el folleto de la patente registrada por el Sr. Brüstle, se indica que el trasplante de células cerebrales al sistema nervioso constituye un método prometedor de tratamiento de numerosas enfermedades neurológicas. Ya se han realizado las primeras aplicaciones clínicas, en particular en pacientes afectados por la enfermedad de Parkinson”.

En opinión del Sr. Brüstle, para tratar los trastornos neurológicos es necesario proceder al trasplante de células progenitoras inmaduras, células que pueden evolucionar y convertirse en cualquier tipo de células. Sobre esta cuestión, se ha de precisar que existen dos opciones para obtener células aptas para este trasplante: recurrir a la utilización de células procedentes de tejidos cerebrales de embriones humanos o, bien, recurrir a células madre embrionarias que, en tanto que células pluripotentes, pueden diferenciarse en todo tipo de células y de tejidos. La patente registrada por el Sr. Brüstle se refiere a una invención biotecnológica basada en técnicas que optan por la segunda posibilidad, es decir, la utilización de células madre embrionarias.

³¹ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 77.

³² JIMENA QUESADA, L. *Sistema Europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, p. 143, en nota.

Una vez registrada la patente, Greenpeace eV planteó ante el Tribunal Federal de Patentes un recurso solicitando la anulación de la patente del Sr. Brüstle, amparándose para ello en que la misma pretende dotar de protección jurídica a una invención biotecnológica de células progenitoras obtenidas a partir de células madre embrionarias. El mencionado Tribunal falló anulando la patente controvertida. Contra esta resolución el Sr. Brüstle interpuso un recurso ante el Tribunal Federal alemán.

Para resolver el recurso, el *Bundesgerichtshof* debía aplicar el art. 2 de la Ley de patentes alemana, que señala al respecto lo siguiente:

“1. No se concederán patentes por invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria.

2. En particular, no se concederán patentes por:

[...]

3) la utilización de embriones humanos para fines industriales o comerciales;”³³

Como se puede apreciar, este precepto viene a reproducir, de manera prácticamente literal, el art. 6 de la Directiva, ya citada, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. En efecto, de conformidad con el art. 6 de la Directiva

1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria.
2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular:
 - [...]
 - c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales;

En consecuencia, y dado que para resolver el recurso interpuesto por el Sr. Brüstle el *Bundesgerichtshof* debía determinar el alcance del término “embrión”, y habida cuenta que la prohibición de patentabilidad de invenciones

³³ Art. 2 Patentgesetz

(1) Für Erfindungen, deren gewerbliche Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößen würde, werden keine Patente erteilt; ein solcher Verstoß kann nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden, dass die Verwertung durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift verboten ist.

(2) Insbesondere werden Patente nicht erteilt für (...) 3. die Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken;

creadas partir de embriones humanos traía causa de la trasposición de la Directiva 98/44/CE, el Tribunal alemán procedió a plantear tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, con el objeto de que éste precisara si, a los efectos de la citada Directiva, existe un concepto uniforme de embrión derivado del Derecho comunitario o no.

El *Bundesgerichtshof* planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

- “1) ¿Qué debe entenderse por ‘embriones humanos’ en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva [...]?
 - a) ¿Están comprendidos todos los estadios de desarrollo de la vida humana desde la fecundación del óvulo o deben cumplirse requisitos adicionales, como por ejemplo alcanzar un determinado estadio de desarrollo?
 - b) ¿Están comprendidos también los siguientes organismos:
 - óvulos humanos no fecundados a los que ha sido trasplantado el núcleo de una célula humana madura;
 - óvulos humanos no fecundados que han sido estimulados mediante partenogénesis para que se dividan y sigan desarrollándose?
 - c) ¿Están comprendidas también las células madre obtenidas a partir de embriones humanos en el estadio de blastocisto?
- 2) ¿Qué debe entenderse por ‘utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales’? ¿Entra en ese concepto toda explotación comercial en el sentido del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, especialmente la utilización con fines de investigación científica?
 - 3) ¿Está excluida de la patentabilidad, con arreglo al artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva [...], una información técnica también cuando la utilización de embriones humanos no constituye en sí la información técnica reivindicada con la patente, sino un requisito necesario para la aplicación de esa información:
 - porque la patente se refiere a un producto cuya elaboración exige la previa destrucción de embriones humanos,
 - o porque la patente se refiere a un procedimiento para el que es necesario dicho producto como materia prima?”

El Tribunal de Justicia sintetiza del siguiente modo la cuestión planteada por el *Bundesgerichtshof*:

“El órgano jurisdiccional remitente pretende esencialmente que se determine si las células madre embrionarias humanas que sirven de materia prima para los procedimientos patentados constituyen «embriones» en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva y si los organismos a partir de los cuales pueden obtenerse las células madre embrionarias humanas constituyen «embriones humanos» en el

sentido de dicho artículo. A este respecto, observa que no todas las células madre embrionarias humanas que sirven de materia prima para los procedimientos patentados constituyen células totipotenciales, algunas no son sino células pluripotenciales, obtenidas a partir de embriones en el estadio de blastocisto. Se pregunta además acerca de la calificación que a la vista del concepto de embrión debe darse a los blastocistos a partir de los que también pueden obtenerse células madre embrionarias humanas”³⁴.

b) La respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales.

(i) Primera cuestión prejudicial: concepto de embrión a efectos del Derecho europeo de patentes de invenciones biomédicas.

En relación con la primera cuestión, esto es, qué debe entenderse por “embriones humanos” a los efectos de la Directiva 98/44/CE, el Tribunal de Justicia comienza poniendo de manifiesto que la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley exigen que, a falta de una remisión a los Derechos nacionales para determinar el sentido y alcance de una disposición del Derecho de la Unión, ésta debe ser “objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme”.

En el mismo sentido, así lo había señalado ya el Abogado General³⁵, Sr. Yves Bot, al afirmar que la Directiva 98/44/CE es una “Directiva de armonización”, que tiene entre sus objetivos favorecer la investigación y el desarrollo en el ámbito de las biotecnologías por la vía de evitar, en el mercado interior, las diferencias legislativas y jurisprudenciales sobre esta materia entre los Estados miembros³⁶.

Por tanto, el Tribunal de Justicia considera que es necesario dar una interpretación uniforme a escala comunitaria sobre qué debe entenderse por embrión humano a los efectos del Derecho de patentes. La problemática radica en el hecho de que ni la Directiva 98/44/CE ni el propio Derecho de la Unión aportan una definición o un contenido preciso, que permitan realizar esa interpretación. Por otra parte, el Tribunal de Justicia tampoco puede acudir a las definiciones que ofrecen las distintas legislaciones de los Estados miembros, pues no hay un consenso comunitario sobre qué es un embrión humano, existen respuestas divergentes en torno a esta cuestión. Además, como señala el propio Tribunal, debe tenerse en cuenta que se trata de un asunto especialmente polémico, en el que convergen sensibilidades religiosas, éticas y morales de muy diverso signo. Ahora bien, esta dificultad no puede implicar la

³⁴ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 22.

³⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartados 54 y 55.

³⁶ GARCÍA DE PABLOS, J.-F. “La patentabilidad de las investigaciones biotecnológicas a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Op. cit.*, p. 34.

inexistencia de un sentido uniforme del término “embrión humano”, pues dicha inexistencia conllevaría dejar vacío de contenido el art. 6 de la Directiva 98/44/CE.

Siguiendo las Conclusiones del Abogado General, y partiendo de la base de que “la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse, en particular, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte”, el Tribunal decide acudir a una interpretación teleológica de la Directiva para determinar qué debe entenderse por embrión humano.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia, comienza recordando cómo en la Exposición de motivos de la Directiva se incluyen constantes referencias a la dignidad humana como límite infranqueable a la investigación en el ámbito de la biotecnología³⁷.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Directiva 98/44/CE se señala:

“16. Considerando que el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas, que es preciso reafirmar el principio según el cual el cuerpo humano, en todos los estadios de su constitución y de su desarrollo, incluidas las células germinales, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos o de uno de sus productos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen humano, no son patentables; que estos principios concuerdan con los criterios de patentabilidad previstos por el Derecho de patentes, en virtud de los cuales un simple descubrimiento no puede ser objeto de una patente”.

Asimismo, el Considerando 38^a de la Directiva señala que deben considerarse no patentables aquellas invenciones que contravengan “el orden público o la moralidad”, señalando que esta referencia excluye la patentabilidad de aquellos procedimientos “cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana”.

A la luz de las consideraciones contenidas en la Exposición de Motivos de la Directiva 98/44/CE, el Tribunal de Justicia concluye que “el contexto y la finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana”³⁸. La consecuencia de la anterior afirmación es que el concepto de “embrión” contenido en la Directiva, lo es en sentido amplio.

³⁷ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartados 32 a 34.

³⁸ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 34.

Partiendo de las anteriores premisas, el Tribunal de Justicia no vacila al afirmar que “todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un embrión humano”, precisamente porque “la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”³⁹. Pero es que además, considera que “también debe atribuirse esta calificación al óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”, y esto porque, aun no habiendo fecundación, “son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”⁴⁰.

Expuesto lo anterior, y sin perjuicio de que no cuestionamos la conclusión a la que llega el Tribunal, no podemos dejar de señalar que la Sentencia no contiene una argumentación coherente que permita concluir que, en la medida en que la Directiva pretende regular la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas desde el respeto a la dignidad humana, debe acogerse una definición de embrión humano en sentido amplio.

En este punto, a mi entender, habría sido conveniente que el Tribunal explicitara el razonamiento por el que llega a esa conclusión, sobre todo teniendo en cuenta que, como había señalado el propio Tribunal en el Apartado 30 de la Sentencia, se trata de una materia “de alcance social muy sensible” y “caracterizada por las múltiples tradiciones y sistemas de valores” de los Estados miembros.

Más acertada parece la argumentación del Abogado General en sus Conclusiones en relación con este proceso. En efecto, en su informe el Sr. Yves Bot, además de recurrir al concepto de dignidad humana de la Exposición de Motivos de la Directiva, trae a colación las propias disposiciones.

Así, en relación con la definición de embrión humano, el Abogado General comienza poniendo de manifiesto que la Directiva no aspira a definir la vida, sino el cuerpo humano⁴¹. En este sentido, el art. 5 de la Directiva protege el cuerpo humano por la vía de considerarlo no patentable, al disponer en su apartado 1 que

“El cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, no podrán constituir invenciones patentables”.

Al centrar el asunto de la protección alrededor del cuerpo humano, ya no es necesario responder a preguntas tan polémicas como el origen de la vida

³⁹ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 35.

⁴⁰ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 36.

⁴¹ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 72.

o sobre qué determina la adquisición de la personalidad. En este sentido, el Abogado General prosigue su argumentación considerando que el cuerpo humano, una vez existe, se desarrolla independientemente de quién lo habite⁴². Planteada así la cuestión, de lo que se trata es de saber a partir de qué estadio de la evolución del cuerpo humano podemos considerar que estamos, desde un punto de vista jurídico, ante un embrión⁴³.

No obstante, antes de abordar esta cuestión, llama la atención que el Abogado General proceda a recordar los límites de la ciencia, por cuanto, si bien ésta puede dar con bastante precisión información fiable sobre el proceso biológico que va de la concepción al nacimiento, lo cierto es que, a día de hoy, es incapaz de señalar a partir de qué momento del desarrollo del no nacido comienza la persona humana⁴⁴. Y es que ésta es una cuestión de naturaleza metafísica, no científica, y su respuesta dependerá de en qué se cifre la personalidad. Al margen de la anterior consideración, como pone de manifiesto acertadamente el Abogado General, Sr. Bot, sí que es posible dar una respuesta jurídica a la cuestión que subyace en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia sin tener que recurrir a una aproximación filosófica o religiosa.

En efecto, el Abogado General pone de manifiesto que existe un criterio determinante, que no es otro que la capacidad de las células de llegar a convertirse en un cuerpo humano. Es decir, siempre que nos encontremos ante una estructura celular con capacidad para convertirse en un individuo de la especie humana, debemos considerar, a los efectos de la Directiva, que nos encontramos ante un embrión. En conclusión, las células totipotentes, que tienen como característica esencial la capacidad de convertirse en un ser humano completo, deben ser calificadas jurídicamente como embriones.

A propósito de lo anterior, el Abogado General incorpora una reflexión adicional, interesante, y es que la consideración como embrión humano no puede quedar sometida al requisito de la anidación; en contraposición a aquellos que sostienen que un embrión lo es únicamente a partir de la anidación argumentando que no todo óvulo fecundado llega a anidar en el útero y, por tanto, mientras no se produzca la anidación (necesaria para poder llegar al nacimiento) no estamos en presencia de un embrión. El Abogado General refuta las referidas posiciones señalando que el azar o la probabilidad no pueden ser fuente del Derecho. Además, arguye que la legislación en materia de reproducción humana asistida reforza el criterio amplio de qué ha de considerarse embrión.

En efecto, y es que si excluyéramos de la consideración de embrión a la estructura celular que aún no ha anidado, se debería excluir también de esta

⁴² Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 73.

⁴³ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 74.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 80.

consideración a todos los que son creados en los procesos de fecundación *in vitro*, y lo cierto es que la legislación sobre esta materia no refleja este punto de vista, sino que atribuye la condición de embrión a los creados con la finalidad de ser implantados en el útero de una mujer con objeto de provocarle un embarazo y hacer posible, de este modo, la maternidad a personas que tienen algún impedimento para ello. Por tanto, si el que va a ser implantado es un embrión, la exclusión de dicha categoría de los que van a ser objeto de investigación no se encuentra justificada, pues el acceso a la condición jurídica de embrión dependería, únicamente, de un criterio diferenciador “de orden psicológico”, diferenciación que abriría la puerta a una cultura de creación industrial de embriones destinados a generar células madre embrionarias⁴⁵.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Abogado General concluye señalando que

“Cada vez que nos encontramos en presencia de células totipotentes, cualquiera que sea el medio por el que hayan sido obtenidas, estaremos en presencia de un embrión, por lo que debe excluirse toda patentabilidad”⁴⁶.

Sin embargo, la respuesta que da el Tribunal de Justicia es distinta en relación con las células madre obtenidas de embriones humanos en el estadio de blastocisto. Sobre este respecto, renuncia a extender el concepto europeo uniforme de embrión, debiendo en consecuencia determinar esta cuestión el juez nacional, a la luz de los avances de la ciencia⁴⁷.

En este extremo, la Sentencia se aparta de los argumentos del Abogado General. Según se ha señalado, éste parte de la consideración de que, dado que las células obtenidas de embriones en estado de blastocisto son células pluripotentes y no totipotentes, ya no pueden desarrollarse separadamente para dar lugar a un ser humano completo. Ahora bien, a pesar de subrayar esta diferencia sustancial según argumenta el Abogado General, ello no obsta para discriminar o diferenciar según el caso la condición de embrión humano, por cuanto el blastocisto no es más que un estadio del desarrollo natural de las células totipotentes y, por ende, pretender negar la condición de embrión humano al blastocisto equivaldría a “disminuir la protección del cuerpo humano en un estadio más avanzado de su evolución”⁴⁸, siendo así que la Directiva 98/44/CE, en su art. 5.1, prohibió las patentes del cuerpo humano, precisa-

⁴⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartados 87 a 90.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 91.

⁴⁷ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 38.

⁴⁸ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 95.

mente en garantía de la dignidad humana. Y es que, como afirma el Abogado General,

“esto demuestra la dignidad humana es un principio que debe ser aplicado no sólo a la persona humana existente, al niño nacido, sino igualmente al cuerpo humano desde el primer estadio de desarrollo, es decir, desde la fecundación”⁴⁹.

En cambio, una célula pluripotente, aun cuando haya sido obtenida de un embrión humano, no debe considerarse un embrión, pues carece de la capacidad de desarrollarse para llegar a ser un individuo completo. Estas células deben considerarse “elementos aislados del cuerpo humano”, en el sentido del art. 5.2 de la Directiva 98/44/CE.

(ii) Segunda cuestión prejudicial: sobre la utilización de embriones humanos para fines comerciales o industriales

En la segunda cuestión prejudicial, el *Bundesgerichtshof* pide al Tribunal de Justicia que determine “si el concepto de utilización de embriones humanos para fines industriales o comerciales en el sentido del art.6.2 letra c) de la Directiva engloba la utilización de embriones humanos con fines de investigación médica”⁵⁰.

La respuesta del Tribunal de Luxemburgo comienza recordando que la Directiva no regula la investigación con embriones, sino la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas⁵¹. Dicho esto, pone de manifiesto que las patentes de resultados de investigaciones en las que se hayan utilizado embriones abre la puerta a la explotación con fines industriales y comerciales los citados resultados, pues precisamente el derecho de patentes existe para proteger la explotación industrial y comercial de las invenciones realizadas por particulares⁵².

El Tribunal recuerda que el considerando cuadragésimo segundo de la Directiva, establece una excepción a la prohibición de patentabilidad del art. 6.2.c), al disponer que “no afecta a las invenciones técnicas que tengan un objetivo terapéutico o de diagnóstico que se aplican al embrión y le son útiles”. De ahí que concluya señalando que la exclusión de patentabilidad del art. 6.2.c) de la Directiva en relación con la utilización de embriones humanos “también se refiere a la utilización con fines de investigación científica”⁵³.

⁴⁹ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 96.

⁵⁰ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 39.

⁵¹ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 40.

⁵² Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartados 41 a 43.

⁵³ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 46.

(iii) Tercera cuestión prejudicial: sobre la patentabilidad de invenciones que requieren de la destrucción de embriones humanos o la utilización de los mismos como materia prima.

La última de las cuestiones elevadas por el Tribunal Federal al Tribunal de Justicia plantea si debe excluirse la patente de una invención que, sin tener en sí misma por objeto la utilización de embriones humanos, se refiere a un producto que requiere, para su elaboración, de la previa destrucción de embriones humanos, o a un procedimiento que necesita de materia prima obtenida mediante destrucción de embriones humanos.

A esta cuestión el Tribunal de Justicia responde remitiéndose a los párrafos 32 a 35 de la Sentencia, concluyendo que “una invención debe considerarse excluida de la patentabilidad, aunque las reivindicaciones de la patente no se refieran a la utilización de embriones humanos, cuando la implementación de la invención requiera la destrucción de embriones humanos”⁵⁴, aunque la descripción de la información técnica presentada para obtener la patente no haga referencia alguna a la utilización de embriones humanos.

En relación con este extremo, el Tribunal parece que hace suyo el argumento del Abogado General, para quien conceder la patente en esos supuestos implicaría dejar vacío de contenido el art. 6.2.c) de la Directiva, pues para eludir la protección que confiere al embrión lo único que debería hacer el solicitante de la patente es omitir en la información técnica que la invención a patentar ha requerido de la utilización y destrucción de embriones humanos. De ahí que para el Sr. Bot deba excluirse la patentabilidad, pues dar una aplicación industrial a una invención que ha utilizado células madre embrionarias equivaldría a utilizar los embriones humanos como un banal material de trabajo, por lo que se puede concluir que dicha invención estaría instrumentalizando el cuerpo humano, algo expresamente prohibido por la Directiva 98/44/CE⁵⁵.

IV. DIGNIDAD DE LA PERSONA E INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

Las Sentencias abordadas en el presente trabajo revisten una enorme importancia, en la medida en que confieren un cierto estatuto jurídico al embrión humano, al que extienden la protección del derecho a la dignidad humana del art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

En efecto, dentro de las novedades de la codificación de los derechos fundamentales operada por la Carta la doctrina destacó la “sugerente e innovadora” inclusión de derechos relacionados con las nuevas biotecnologías⁵⁶,

⁵⁴ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 49.

⁵⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartados 109 y 110.

⁵⁶ CARRILLO, M. “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), 2003, p. 156.

elevando a rango de derecho fundamental “normas establecidas en el Convenio del Consejo de Europa de 1997 relativo a los derechos humanos y la biomedicina”⁵⁷; debe tenerse en cuenta que este es uno de los ámbitos en los que la Carta no se limitó a recopilar o sistematizar derechos ya existentes en el Convenio de Roma o en la propia jurisprudencia comunitaria, sino que procedió a alumbrar nuevos derechos⁵⁸ o a elevar al máximo rango jurídico a algunos derechos de la biomedicina, estableciendo con ello límites a las prácticas biomédicas para garantizar el derecho a la integridad personal y el respeto a la dignidad humana⁵⁹, hasta el punto de considerarse que el derecho a la integridad reconocido en el art. 3 –concreción del derecho a la dignidad del art. 1⁶⁰– podría llegar “a marcar límites a la investigación biomédica”⁶¹.

En consecuencia, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de octubre de 2001 y de 18 de octubre de 2011 encaran la cuestión del Estatuto del embrión⁶², que es uno de los temas más controvertidos de la bioética contemporánea⁶³, y precisamente en un campo especialmente problemático como es la investigación con embriones⁶⁴.

En ambas Sentencias está presente el derecho a la dignidad humana, y –aun cuando de manera no del todo explicitada– de un modo como no ha tenido lugar en ningún otro pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo. En la primera de ellas, de 9 de octubre de 2001, a pesar de que el Tribunal no hizo referencia alguna a la Carta de derechos fundamentales de la Unión, sí está presente la Carta en la argumentación del Abogado General Sr. Jacobs en sus Conclusiones⁶⁵. Así, el Tribunal de Luxemburgo señaló expresamente que “corresponde al Tribunal de Justicia, al controlar la conformidad de los actos de las

⁵⁷ PIRIS, J-C. *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 174.

⁵⁸ CARTABIA, M. “La escritura de los derechos fundamentales en Europa y los poderes de los jueces”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 73 (I), 2005, p. 55.

⁵⁹ MARTÍNEZ MORÁN, N. “El derecho a la integridad de la persona en el marco de la medicina y la biología (en el ámbito de la Unión Europea)”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2008, p. 180.

⁶⁰ BIFULCO, R. “Articolo 3. Diritto all'integrità della persona”, *L'Europa dei diritti*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO. Il Mulino, Bologna, 2001, p. 51.

⁶¹ Editorial. “La Constitución Europea, un núcleo de los derechos humanos de la Medicina y la Biología”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 21, 2004, p. 21.

⁶² Cfr. RUBIO NÚÑEZ, R. “Investigación con células madre: un problema jurídico”, *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004, pp. 229-255.

⁶³ BERGEL, S. D. “La Directiva Europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, 2000, p. 67.

⁶⁴ SIMON, J. “La dignidad del hombre como principio regulador en la bioética”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, 2000, p. 33.

⁶⁵ CELOTTO, A. PISTORIO, G. “L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Rassegna giurisprudenziale 2001-2004)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 5, 2005, p. 22.

instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona”⁶⁶, habiendo puesto de manifiesto el Abogado General Jacobs⁶⁷ que “el más fundamental de estos derechos quizás sea el derecho a la dignidad humana, que se consagra en la actualidad en el artículo 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, donde se establece que la dignidad humana es inviolable y será respetada y protegida”⁶⁸.

En la segunda de ellas, si bien no aparece de manera expresa en el cuerpo de la Sentencia, el derecho a la dignidad humana está presente de manera extensa en las Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot. Podría decirse que, a pesar del tiempo transcurrido, persiste la “presencia silenciosa y no explícitada de la Carta” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁹.

Sobre este aspecto, la doctrina ya había puesto de manifiesto que al hablarse en la Carta de derechos fundamentales de “dignidad humana” y no de “dignidad de la persona”, era posible incluir dentro de la protección del art. 1 al embrión humano⁷⁰. Y es que, como un embrión “puede desarrollarse hasta llegar a ser una persona”, su dignidad debe ser protegida⁷¹. Esta interpretación

⁶⁶ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 70.

⁶⁷ Sobre la relación entre las Conclusiones del Abogado General Jacobs y la naturaleza de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea puede verse RODRÍGUEZ, A. “Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, especialmente pp. 49-51.

⁶⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. JACOBS, presentadas el 14 de junio de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Apartado 197.

⁶⁹ CARTABIA, M. “La escritura de los derechos fundamentales en Europa y los poderes de los jueces”, *Op. cit.*, p. 65.

⁷⁰ SOBRINO HEREDIA, J. M. “Artículo 1. Dignidad humana”, en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli Mangas (Dir.), Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 124. Al respecto, y a propósito de la garantía de la dignidad humana presente en el art. 1 de la Ley Fundamental (fuente de inspiración del art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la UE), Benda había puesto de manifiesto que aunque las cuestiones relacionadas con la manipulación genética no pudieran ser previstas por la Ley Fundamental, la solución a las mismas no puede ser dejada exclusivamente a instancias políticas. El art. 1 otorga protección frente a cualquier amenaza a la dignidad humana, aun cuando dicha amenaza no existiera en 1949. Ahora bien, esto implica examinar de nuevo cuál es el objeto de protección del art. 1 de la Ley fundamental. Y aunque es cierto que en primer lugar la garantía de la intangibilidad de la dignidad humana protege a las personas actualmente existentes, también se extiende su protección a “lo humano”, protegiendo además de este modo a las personas futuras, a las futuras generaciones, que tienen derecho a no ser el producto de la ingeniería genética o copias clónicas de un tercero, sino personas individuales, con todas sus debilidades e imperfecciones. BENDA, E. “The protection of human dignity (Article 1 of the Basic Law)”, *Fifty Years of German Basic Law*, The Johns Hopkins University, Washington, 1999, pp. 43-45.

⁷¹ STARCK, C. “Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina”, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 223.

se ve reforzada, a mi entender, por el hecho de que el art. 1 de la Carta va dirigido tanto a la protección de las personas actualmente existentes como a garantizar la protección de aspectos inmateriales, como sería “lo humano” o “la humanidad”. Es decir, el derecho a la inviolabilidad de la dignidad humana protege al género humano como especie⁷².

El reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de los derechos y como derecho autónomo⁷³ implica que “se trata de un principio absoluto e inderogable o permanente que implica que no se puede instrumentalizar jamás a un ser humano, esto es, tratarlo como un mero objeto”⁷⁴.

En relación con esta cuestión, la primera de las Sentencias analizadas en el presente trabajo excluye la patrimonialización del cuerpo humano, pues la posibilidad de convertirlo en fuente de rendimiento económico conduce a la reducción de la persona a la condición de objeto, lo cual está vedado por el art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁷⁵.

Asimismo, debe subrayarse que las Sentencias comentadas huyen del uso retórico de la dignidad o de lo que se ha llamado “inflación de la dignidad”, que “conduce de forma inevitable a difuminar aún más el ya de por sí impreciso significado de dicho tópico”⁷⁶.

Y es que esta es una de las principales dificultades para elaborar una jurisprudencia de la dignidad; al ser la dignidad humana un concepto jurídico indeterminado, no definible a priori y en abstracto, no es posible establecer una lista tasada de exigencias que se derivan del reconocimiento de la misma como derecho fundamental, sino que sirve de parámetro con el cual confrontar casos concretos surgidos de la experiencia jurídica, de manera que se vulnera

⁷² OLIVETTI, M. “Articolo 1. Dignità umana”, *L'Europa dei diritti*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 43-44. En nuestra doctrina, ya había considerado Martín Mateo que en las cuestiones bioéticas se debe proteger la “dignidad de la especie”; Cfr. MARTÍN MATEO, R. *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 122 y ss.

⁷³ En la Explicación oficial del art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DO C 303, de 14 de diciembre de 2007, se precisa que “la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que es la base misma de los derechos fundamentales”. Sobre la razón de ser y la naturaleza de las Explicaciones oficiales de la Carta, vid., MANGAS, A. “Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales”, en: ARACELI MANGAS (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 68-70.

⁷⁴ SOBRINO HEREDIA, J. M. “Artículo 1. Dignidad humana”, en ARACELI MANGAS (Dir.), *Op. cit.*, p. 108.

⁷⁵ Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. “La seriedad de los derechos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 48-49, 2000, pp. 310-316.

⁷⁶ SERNA, P. “La dignidad humana en la Constitución europea”, en ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE Y VICENTE GARRIDO (Dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2005, Libro II, p. 213.

la dignidad cuando el ser humano queda degradado a medio para la satisfacción de fines de terceros o a elemento medible y como tal equiparado a una cosa⁷⁷.

Para salvar esta dificultad, el Tribunal de Justicia ha venido optando por disminuir el recurso al argumento de la dignidad cuanto más controvertida fuera la cuestión a resolver, sin que esto le haya impedido extender la protección de la dignidad en mayor medida a los casos más controvertidos.

En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo destacan tres Sentencias por el uso que en las mismas se hace del concepto de la dignidad humana: las dos Sentencias relativas a la Directiva 98/44/CE y la Sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Asunto C-36/02.

En la Sentencia sobre el Caso Omega, el Tribunal de Justicia resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Federal de Alemania, en relación con la prohibición de importar un videojuego que tenía por objeto disparar a blancos humanos mediante rayos láser. Pues bien, en esa Sentencia, el Tribunal recurrió al argumento de la protección de la dignidad humana tanto en la *ratio decidendi* como en el propio fallo. En la *ratio decidendi* señalando expresamente que para el ordenamiento jurídico comunitario la dignidad humana se trata “innegablemente”, de un “principio general del Derecho”⁷⁸, con la conclusión de poder considerar que “el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario”, de manera que puede servir como interés legítimo apto para justificar una restricción a “las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios”⁷⁹. En el fallo, al disponer literalmente que “el Derecho comunitario no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana”.

Más llamativa es, si cabe, la extensión con que la Abogada General Sra. Stix-Hackl aborda las implicaciones jurídicas de la dignidad humana en sus Conclusiones en el Caso Omega⁸⁰, quien dedica a la cuestión de la dignidad

⁷⁷ OLIVETTI, M. “Articolo 1. Dignità umana”, *Op. cit.*, p. 44. En el mismo sentido se expresa Pedro Serna en relación con el art. 10 de la Constitución Española, poniendo de manifiesto que prácticamente el único campo en que sí es posible extraer consecuencias jurisprudenciales del principio de dignidad es en el de la “extensión universal del respeto al ser humano”. Vid. SERNA, P. “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, p. 194.

⁷⁸ Sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Asunto C-36/02, Apartado 34.

⁷⁹ Sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Asunto C-36/02, Apartado 35.

humana en el Derecho comunitario los Apartados 74 a 93, y a la interpretación del concepto de orden público a la luz de la importancia y el alcance de la dignidad humana del 95 al 99⁸¹.

Extensión del recurso a la argumentación a partir del principio de protección de la dignidad humana que la doctrina ha considerado innecesario, pues la restricción a la libertad de prestación de servicios era perfectamente justificable desde la perspectiva de la cláusula de orden público, de manera que el Tribunal podría haber llegado a la misma conclusión sin la mencionada referencia a la dignidad humana⁸².

En la Sentencia de 9 de octubre de 2001⁸³, el uso del tópico dignidad humana en la *ratio decidendi* fue, ciertamente, más modesto, a pesar de que puede convenirse sin dificultad que se trataba de un asunto en el que estaba en juego de un modo más evidente la imagen del ser humano en el derecho comunitario. En relación con la patentabilidad de invenciones biomédicas, el Tribunal consideró –en relación con este tema– únicamente que la lista de exclusiones del art. 6 de la Directiva 98/44/CE no es exhaustiva, de ahí que los procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad, concluyendo que “la Directiva limita el Derecho de patentes de modo suficientemente estricto para que el cuerpo humano permanezca efectivamente indisponible e inalienable, garantizándose así el respeto de la dignidad humana”⁸⁴. Del mismo modo, en las Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en relación con el Asunto C-377/98 tampoco hay excesivas menciones a la dignidad humana. Aparte de la afirmación de que el derecho a la dignidad es “el más fundamental” de los derechos⁸⁵, con especial referencia a la Carta de derechos fundamentales de la Unión, prácticamente se limita a resaltar que el texto de la Directiva, por la

⁸⁰ Conclusiones de la Abogado General, Sra. Christine STIX-HACKL, presentadas el 18 de marzo de 2008, Asunto C-36/02, OMEGA Spielhallen- y Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

⁸¹ La Abogada General Sra. STIX-HACKL procede a una completa sistematización del principio de inviolabilidad de la dignidad humana, tanto en la sección dirigida a perfilar los “contornos de la dignidad humana como concepto jurídico” (“expresión del máximo respeto y valor que debe otorgarse al ser humano en virtud de su condición humana”, Apartado 75; “constituye el sustrato y el punto de partida de todos los derechos humanos que se diferencian a partir de ella, y a la vez actúa como punto de vista que da perspectiva a los diferentes derechos humanos”, Apartado 76) como en la sección en la que aborda la cuestión sobre “la dignidad humana como norma jurídica y su protección en el Derecho comunitario”.

⁸² CARTABIA, M. “La escritura de los derechos fundamentales en Europa y los poderes de los jueces”, *Op. cit.*, pp. 65 y ss.

⁸³ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Paises Bajos/Comisión, Asunto C-377/98.

⁸⁴ Sentencia de 9 de octubre de 2001, Paises Bajos/Comisión, Asunto C-377/98, Apartado 77.

⁸⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. JACOBS, presentadas el 14 de junio de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Apartado 197.

vía de las exclusiones de la patentabilidad de sus artículos 5 y 6, “proporciona garantías éticas adecuadas”, llegando a la conclusión que “conforme a la Directiva, las invenciones biotecnológicas contrarias a la dignidad humana no son hoy patentables ni podrán serlo en el futuro”⁸⁶.

Por último, en el caso Brüstle contra Greenpeace eV, en la que estaba en cuestión el nivel de protección del embrión humano y por tanto si debe aplicarse el principio de dignidad humana al cuerpo humano desde el primer estadio de su desarrollo (temas de mayor calado que un video juego, aunque se trate de uno que simule el asesinato de seres humanos), encontramos aún menos referencias al principio de dignidad humana.

Así, en la Sentencia de 18 de octubre de 2011 las únicas referencias a la dignidad humana tienen lugar al citar los diferentes Considerandos de la Directiva 98/44/CE que emplean dicho término, y la conclusión –a partir de esas referencias normativas– de que la intención del legislador de la Unión fue “excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana”, derivando de esta afirmación que “el concepto de «embrión humano» recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva debe entenderse en un sentido amplio”⁸⁷. Por su parte, en el Informe de Conclusiones del Abogado General Sr. Bot aparecen tan sólo seis menciones a este concepto, de las cuales cuatro son para recordar el texto de la Directiva o el art. 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión, mientras que dos de las menciones tienen lugar en apoyo del razonamiento del Abogado General para extender la protección al embrión.

Podríamos decir, entonces, que pareciera que el Tribunal recurre a una suerte de protección de la dignidad sin metafísica, de tal manera que cuanto más controvertido es un asunto (y con independencia de que extienda en cada caso la protección de la dignidad) menor es el recurso a la filosofía. En este sentido, es paradigmática la Sentencia de 18 de octubre de 2011, que se apoya en la protección del cuerpo humano dispuesta en el art. 5 de la Directiva 98/44/CE para excluir la patentabilidad de invenciones biomédicas realizadas a partir de experimentación con embriones.

Esta huida de la filosofía por la “indefinición de la dignidad”⁸⁸ se ve paliada en el Caso Brüstle contra Greenpeace eV por el recurso del Abogado General –que en mi opinión asume el Tribunal de Justicia, aun cuando no lo explice en su Sentencia de 18 de octubre de 2011⁸⁹– al señalar el hecho ob-

⁸⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. F. G. JACOBS, presentadas el 14 de junio de 2001, Asunto C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Apartado 227.

⁸⁷ Sentencia de 18 de octubre de 2011, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, Asunto C-34/10, Apartado 34.

⁸⁸ SOBRINO HEREDIA, J. M. “Artículo 1. Dignidad humana”, en: ARACELI MANGAS (Dir.), *Op. cit.*, 124.

jetivo e incontrovertido de que las células poseen la capacidad de llegar a convertirse en un cuerpo humano⁹⁰ y ese cuerpo humano está expresamente protegido por la Directiva⁹¹.

Con otras palabras: si la dignidad humana prohíbe la instrumentalización o cosificación de aquél de quien se predique dicha dignidad⁹², y una estructura celular con capacidad para convertirse en un individuo de la especie humana es un embrión protegido por el derecho a la dignidad, podemos concluir que no es posible reducir a un puro objeto a los embriones⁹³. En este sentido, el embrión tiene derecho a un respeto fundado sobre la dignidad humana⁹⁴.

Parece que el Tribunal de Justicia ha acogido la “teoría de la dote” para conceptualizar la dignidad humana, al prescindir de la capacidad de autodeterminación del embrión humano⁹⁵, pues tan solo le basta (i) su pertenencia a la especie humana, y (ii) su capacidad para llegar a ser un individuo humano adulto –de acuerdo con su naturaleza–, para decidir que procede otorgarle protección jurídica.

De ahí que en la Sentencia de 18 de octubre de 2011 el Tribunal excluya la patentabilidad de invenciones que requieren de la utilización de embriones o de células embrionarias, pues de lo contrario, se estaría permitiendo que embrión se convirtiera en un elemento de provecho para terceros, reduciéndolo a la categoría de objeto, que es precisamente lo que prohíbe el derecho

⁸⁹ En el mismo sentido se expresa J-R Lacadena. LACADENA, J-R. “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las patentes de células troncales embrionarias. A propósito de un informe jurídico sobre patentes: el concepto y dignidad del embrión humano”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 35, 2011, p. 156.

⁹⁰ Este es el argumento de Robert P. George y Patrick Lee para considerar que los embriones humanos son seres humanos, y que por tanto deben ser objeto de protección jurídica. Cfr. GEORGE, R. y LEE, P. “Acorns and Embryos”, *The new Atlantis*, Winter 2005, 90-100.

⁹¹ De ahí que se haya puesto de manifiesto que la argumentación del Abogado General termine “construyendo una peculiar disociación entre animación y dignidad”. Vid. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M. “Dignidad versus patenta patentabilidad (Comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asunto Brüstle/Greenpeace)”, *Diario La Ley*, núm. 7766, Sección Tribuna, de 10 de enero de 2012, p. 4.

⁹² En relación con el reconocimiento de la dignidad de la persona operado por el art. 10.1 CE, Jiménez Campo habla de “no instrumentalización” e “interdicción de toda patrimonialización de la persona”. Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J. “Art. 10.1 CE. La dignidad de la persona”, en: MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE Y MIGUEL RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pp. 182 y 183.

⁹³ Vid. asimismo, APARISI MIRALLES, A. “En torno al principio de la dignidad humana. (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)”, *Cuadernos de Bioética*, 2004/2^a, 257-282.

⁹⁴ RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *Op. cit.*, p. 86.

⁹⁵ SERNA, P. “La dignidad humana en la Constitución europea”, *Op. cit.*, 215-217.

a la dignidad humana⁹⁶. Puede afirmarse, por tanto, que existe un consenso europeo en prohibir la cosificación del embrión⁹⁷.

Por otro lado, llama la atención que el Tribunal de Justicia haya sido más estricto en la aplicación de la garantía de la dignidad para proteger al embrión humano que el Grupo europeo de Ética de la ciencia y de las nuevas tecnologías, que en su dictamen de 7 de mayo de 2002 respaldó la patentabilidad de los inventos biotecnológicos cuyos procedimientos requieran la destrucción de embriones, alegando la protección tanto del interés general presente en la investigación en este campo, –para evitar ralentizar dicha investigación– como el interés particular de los pacientes que pudieran beneficiarse de las aplicaciones de la investigación con embriones⁹⁸.

Ahora bien, en todo caso debe tenerse en cuenta que este avance en el estatuto jurídico del embrión, y la consiguiente protección de su dignidad, tiene lugar a los solos efectos del Derecho de patentes regulado en la Directiva 98/44/CE. Así lo precisa en el parágrafo 49 de sus Conclusiones el Abogado General, Sr. Yves Bot, para quien la conclusión del litigio por lo que respecta a la definición jurídica de embrión en relación al art. 6 de la Directiva, no permite una extensión de dicha definición a otros ámbitos en los que también se encuentra en juego la vida humana, como puede ser el caso del aborto⁹⁹, o la licitud o no de la investigación con embriones.

La precisión tanto del Tribunal de Luxemburgo como del Abogado General Sr. Bot de que el concepto amplio de embrión se refiere únicamente al Derecho europeo de patentes (es decir, dentro del ámbito de competencias de la Unión Europea y en relación con la normativa analizada en el caso con-

⁹⁶ STARCK, C. “Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina”, *Op. cit.*, 228.

⁹⁷ BERGEL, S. D. “La Directiva Europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, 2000, p. 67.

⁹⁸ Avis du Groupe Européen d’Ethique des Sciences et des Nouvelles Technologies auprès de la Commission Européenne, “Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines”, núm. 6, 7 mai 2002. Disponible en http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/avis16_complet_fr.pdf, [Consulta: 23/05/2012]. Se trata de un Dictamen a petición de la Comisión Europea, del que son ponentes Linda Nielsen y Peter Whittaker, y al que formula un Voto particular el Profesor Günter Virt.

⁹⁹ Entre otros motivos porque, como acertadamente señala el Abogado General Sr. Bot, esa cuestión se sitúa fuera de las competencias de la Unión Europea, por lo que no es objeto del Derecho comunitario. Por lo que respecta al caso del aborto, el Abogado General alude a “legislaciones que tratan de dar soluciones a situaciones individuales dolorosas”, algo diferente a la utilización de embriones con fines comerciales e industriales. En el fondo, subyace la idea de que en el caso del aborto estamos ante un caso de ponderación de derechos, entre la vida del *nasciturus* y la vida o libertad de la madre (a modo de ejemplo, véase el trabajo de Christian Starck antes citado, donde señala que “el óvulo fecundado in vitro no supone una amenaza para nadie” mientras que en el caso del aborto “el *nasciturus* amenaza la vida de la madre”, p. 227).

creto) es una muestra de la prevención ante el riesgo de un desmesurado activismo judicial que pueda devenir en “colonialismo jurisdiccional”¹⁰⁰, riesgo ciertamente plausible desde el momento en que una de las consecuencias de la adopción de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea es el cambio en la propia actividad del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el cual pasa a actuar como tribunal de derechos¹⁰¹.

Por tanto, a partir del concepto amplio de embrión acogido en la Sentencia de 18 de octubre de 2011 no es posible cuestionar la validez de las leyes españolas que permiten la investigación con embriones¹⁰², o que en lugar de acoger un concepto amplio de embrión humano distinguen entre embriones y preembriones¹⁰³.

Sin embargo, lo dispuesto en esta Sentencia sí vincula a los operadores jurídicos a la hora de interpretar la Ley de patentes, la cual excluye de la patentabilidad “las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales” (art. 5.1.c) y el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo” (art. 5.4)¹⁰⁴.

El resultado no deja de ser paradójico pues, por una parte, será conforme a Derecho –español– y, por lo tanto, lícita la investigación con embriones, aunque el procedimiento de dicha investigación implique la destrucción de los embriones¹⁰⁵ pero, por otra, en aplicación del Derecho comunitario –y pre-

¹⁰⁰ CARTABIA, M. “La Unión Europea y los derechos fundamentales: 50 años después”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82 (II), 2008, pp. 99-101.

¹⁰¹ CARTABIA, M. “L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea”, en *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 35 y ss.

¹⁰² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (especialmente artículos 14 a 16) y Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Cfr. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M. *Retos jurídicos de la bioética*, EIUNSA, Madrid, 2005.

¹⁰³ Art. 1.2 de la Ley 14/2006; cfr., asimismo, las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio (especialmente en los FFJJ 12 a 15).

¹⁰⁴ Art. 5 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, según redacción dada por la Ley 10/2002, de 29 de abril, por la que se modifica la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

¹⁰⁵ En opinión de Pérez del Valle, en la Ley de reproducción humana asistida se desprotege al embrión más de lo que permite la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las Sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996 y 116/1999. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. “Tratamiento jurídico del embrión en la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida: diagnóstico previo a la implantación, investigación, clonación”, en *Legislación sobre reproducción asistida: novedades, Cuadernos de Derecho Judicial*, XI-2006, 108-114. Dudas compartidas por Díez-Picazo, quien ha puesto de manifiesto en relación con la investigación con células madre embrionarias que “para la STC 212/1996 el hecho de que la investigación se realizará con embriones no viables era importante. Por ello, desde un punto de vista constitucional, la pregunta sobre la admisibilidad de la investigación científica con embriones viables está abierta”, DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 234-235.

cisamente para salvaguardar la dignidad humana de los embriones– no será patentable el resultado de dicha investigación.

En todo caso, si los resultados de la investigación no son patentables, es decir, si se excluye el reconocimiento de esos derechos al inventor de cara a su explotación comercial o industrial, parece difícil que los procedimientos de investigación biotecnológica que requieren de la destrucción de embriones humanos obtengan la financiación necesaria para ser realizados. Este hecho puede llevar aparejada la consecuencia de que la industria europea de la biotecnología acabe apostando por investigaciones que, por respetar la dignidad humana de los embriones, sean susceptibles de ser patentadas, precisamente, para una posterior explotación comercial¹⁰⁶.

De este modo, y he aquí una segunda paradoja, si en sus Conclusiones el Abogado General señaló que la Unión no es sólo un mercado a regular sino que es un espacio con valores que mostrar¹⁰⁷, parece que serán razones de mercado las que impulsarán un mayor respeto al valor supremo de la dignidad humana.

¹⁰⁶ A juicio de José Miguel Serrano esta es una las consecuencias más importantes de esta Sentencia; cfr. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M. “UE: no habrá patentes para células madre embrionarias”, *Acepresa*, núm. 80/11, 26 de octubre de 2011, p. 2.

¹⁰⁷ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves BOT, presentadas en fecha 10 de marzo de 2011, Asunto C-34-10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV, Apartado 45.

Las vicisitudes de la protección de la vida y la dignidad humana en el ordenamiento europeo, leídas a la luz de la Declaración Final de la XII Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida (2006) sobre “El embrión humano en la fase de preimplantación”*

Lorenza Violini

Catedrática de Derecho Constitucional
Università degli Studi di Milano

Recibido: 02.05.12

Aceptado: 31.05.12

Resumen: En el presente trabajo se hace referencia a la protección de la vida humana en el ordenamiento europeo y a la vez se hace un análisis del concepto de dignidad humana en Europa y a su evolución histórica y jurisprudencial.

Palabras clave: células totipotentes, Europa, dignidad humana, protección de la vida.

Abstract: *This paper deals with the protection of human life in European law and also provides an analysis of the concept of human dignity in Europe and its historical and jurisprudential evolution.*

Key words: *totipotent cells, Europe, Human dignity, Life protection.*

1. Todo ordenamiento jurídico, en su dimensión constitucional –momento genético de los conjuntos estatales de referencia– es impulsado por la necesidad de declararse a sí mismo y al mundo sus propios fundamentos. Italia, república democrática, se basa sobre el trabajo, Francia se caracteriza por ser un estado laico, Irlanda invoca a la Trinidad como punto de referencia constitutivo de la nación y así sucesivamente. El fundamento de los fundamentos –perdóñese la paradoja– se puede considerar la protección de la dignidad humana, incluida en el pórtico de una Constitución que puede ser considerada como el manifiesto del renacimiento de Europa a partir de las cenizas de la guerra y la tragedia del totalitarismo, la Ley Fundamental con la cual la Alemania derrotada y traspasada en lo más íntimo por el espectáculo de los campos de concentración, lugar de la aniquilación del hombre en favor de la raza, recupera la vida y la dignidad como pueblo.

En la Grundgesetz, de hecho, el pueblo alemán reafirma su fe en la dignidad del hombre, que debe tutelarse sin condiciones y sin excepciones. Del mismo modo, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, punto de referencia de los valores de la Organización de las Naciones Unidas, introduce

* Traducción de Carlos Vidal Prado (UNED)

el mismo término en su propia fraseología: la dignidad. En resumen, como se ha dicho recientemente, se ha sustituido el binomio libertad-propiedad, típico del Estado liberal, por el binomio libertad-dignidad humana, considerado más acorde al sistema de valores propio de las sociedades occidentales tras la Segunda Guerra Mundial¹.

También tras la Segunda Guerra Mundial, en torno al término dignidad humana a largo plazo se ha producido un acuerdo unánime, sin que hubiese necesidad de hacer distinciones; término evocador, catalizador de consensos, indefinido en cuanto no requiere definición alguna, pero claro en su fuerza axiológica: el hombre en el centro de cualquier ordenamiento jurídico, nunca un medio para alcanzar fines que pueden ser nobilísimos, sino siempre –de acuerdo a la famosa definición kantiana– fin de la actuación de los poderes públicos y los esfuerzos conjuntos de los diversos componentes de la sociedad civil.

Ahora, transcurridas muchas décadas desde el renacimiento del mundo occidental de las tragedias de la guerra, la discusión sobre el significado de la dignidad humana también ha cobrado fuerza debido a los muchos avances científicos sobre los procesos del inicio de la vida, conectados a los fines más diversos, desde la investigación en nuevos medicamentos hasta el intento de sustituir los procesos de generación naturales con técnicas de reproducción asistida, todos muy prometedores para superar las barreras que la naturaleza y sus defectos parecían haber levantado ante la búsqueda de la perfección y la felicidad humanas. Con la evolución de los tiempos y las costumbres, en el ámbito de esta discusión, se ha sugerido recientemente la hipótesis –realmente no poco problemática– de que el concepto de la *human dignity*, en el plano jurídico, ya no tendría que considerarse una defensa frente a la barbarie, sino que acabaría siendo un concepto confuso, con múltiples (y muchas veces incluso contradictorios entre sí) significados, un argumento mordaz dirigido a evitar el problema de las argumentaciones detalladas, un *big shot*, ante el cual los jueces y abogados se pliegan mientras que la balanza de la justicia se inclina a favor de aquellos que invocan respectivamente la lesión y la tutela. La

¹ Por todos, recientemente G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, 2010 (ponencia en el Congreso “La dignità dell’uomo: testo e contesto” organizado por la Facoltà di Giurisprudenza, el Dipartimento di Scienze Giuridiche y la Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, 14 de octubre de 2010); la cita realizada es reconducible a G. MONACO, “La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative”, en *Politica del diritto*, 42 (2011), pp.45-77 a la que remitimos para las principales referencias doctrinales y jurisprudenciales; es útil también una mirada al panorama internacional, P. CAROZZA, “Human Dignity in Constitutional Adjudications”, en *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, eds., Edward Elgar 2011; C. MCCRUDDEN, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, N. 4, 2008, pp. 655-724; N. RAO, “Three concepts of dignity in Constitutional Law”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 86, N. 1, 2011, pp. 183-271.

dignidad humana: un concepto inútil, tan fundamental como indeterminado y tal vez incluso perjudicial?

2. Al igual que cualquier problema jurídico, fuente de discusión, las referencias para la reflexión no pueden ser otras que las controversias afrontadas y resueltas por la jurisprudencia. Entre otras muchas, y significativas para el tema que se está enfrentando aquí, ofrece un lugar especial el caso de Alemania sobre el abatimiento de los aviones que –tomados como rehenes por los terroristas– van a causar estragos entre civiles. Muchos otros supuestos pueden ser, además, recordados, como el tantas veces citado caso francés del lanzamiento del enano o aquél, originado también en Alemania, del pip-show o del caso de Omega. Recientemente, el debate se ha reavivado por una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el caso Brüstle v. Greenpeace, resuelto el 18 de octubre 2011². Sobre este caso se pretende fijar la atención en esta sede, siendo un caso reciente y por tanto de alguna manera sintetiza las tendencias actuales, no solamente en sede jurídica sino también sobre el plano filosófico y antropológico.

La disputa tenía como objeto –en el ámbito de la legislación europea sobre patentes– una solicitud de patentar un procedimiento mediante el cual el investigador Oliver Brüstle era capaz de crear células madre embrionarias, y por tanto totipotentes, células neuronales primigenias. Estas células, cuando se implantan en pacientes que sufren de enfermedades neurodegenerativas, permitirían poner a prueba nuevos tratamientos para las mismas, que como es notorio son incurables. Alternativamente, las células de este tipo podrían ser extraídas del cerebro en el momento de su formación, con la consecuencia de causar la destrucción de los fetos en fase de formación, contra todas las normas morales. La patente obtenida por Brüstle en 1997, sin embargo, fue cuestionada por la sección alemana de Greenpeace, que alegó que, para lograr estas células primigenias, era necesario destruir embriones humanos, conducta prohibida por la ley alemana. Y puesto que la disposición alemana reproduce exactamente una norma de la directiva europea sobre patentes y su correspondiente prohibición, en el curso de la controversia entre Greenpeace y Brüstle, el Tribunal Federal de Casación alemán elevó la cuestión en vía prejudicial al tribunal al Tribunal de Justicia para que se pronunciase sobre tres preguntas, la más interesante de las cuales se refiere a la interpretación del concepto de

² Para un planteamiento sintético del caso y de las cuestiones jurídicas a él inherentes, v. A. PESSINA, “Una sentenza per la dignità della persona”, en *Osservatore Romano*, 20 octubre 2011; N. LAZZERINI, *La nozione di embrione umano di cui alla direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche è una nozione autonoma di diritto dell’Unione: la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) nella causa C-34/10, Brustle*, www.osservatorirosullefonti.it, fasc. 3/2011; V. ALTAMORE, *La tutela dell’embrione, tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (C-34/10 Oliver Brustle contro Greenpeace e V.)*, www.forumcostituzionale.it.

embrión. En particular, dado que las células neuronales primigenias pueden extraerse no sólo de embriones humanos, sino también de óvulos humanos en los que haya sido insertado el núcleo de células humanas maduras (clonación) y de óvulos humanos estimulados mediante partenogénesis³, y, por supuesto, a partir de líneas celulares existentes, cuyo uso está permitido por la legislación alemana, siempre y cuando se hubieran producido antes de 2007, era necesario determinar hasta qué punto se extendía el concepto jurídico de embrión para definir, en consecuencia, la extensión de la prohibición de patentarlo.

La Corte Europea ha respondido a la pregunta mediante la adopción de un concepto amplio de un embrión para ser aplicado en todos los Estados miembros por igual con el fin de prohibir las patentes de invenciones producidas sobre la base de *todos* los procesos mencionados, incluidos aquellos que no parecen dar lugar a la destrucción de embriones sino sólo a una manipulación del óvulo, induciéndolo a la mitosis. Una opción similar fue la adoptada en 2008 por la *Enlarged Board of Appeal* (EBA) de la Oficina Europea de Patentes (OEP); con la decisión G2/06 se había dispuesto en aquella sede que las células madre embrionarias humanas con capacidad de proliferación específica en forma indiferenciada, estabilidad y capacidad para diferenciarse regenerando tejidos de diferente origen y debidamente estimulados, no podía ser patentadas por cuanto se trataba de un proceso contrario al orden público y la moral y que afectaba al uso de embriones humanos con fines industriales y comerciales. La elección efectuada por la Oficina Europea es radical: en la motivación de la decisión se lee, de hecho, que la integridad y la dignidad del embrión humano tiene prioridad sobre cualquier uso, incluyendo el propósito de la investigación médica⁴.

3. En estos dos casos Europa, por boca de sus estructuras administrativas y sus tribunales, parece ir más allá de las Columnas de Hércules: adoptando un enfoque global de la cuestión de la protección de la dignidad humana, los jueces la extienden no sólo –como es natural– a los óvulos humanos desde la fecundación, sino también a cualquier óvulo humano inducido a dividirse y desarrollarse con cualquier método. El límite es por lo tanto particularmente amplio y deja fuera solamente las células madre en cuanto tales, cuya tutela se deja en manos de las decisiones de los tribunales nacionales, subsistiendo en esta materia –siempre según el Tribunal– la falta de certeza científica acerca de su naturaleza. *A contraris*, por lo tanto, los mismos óvulos fecun-

³ Véanse las últimas investigaciones sobre células madre embrionarias de Paolo De Coppi y de Robert Lanza publicadas en la revista Nature, entre ellas “Isolation of amniotic stem cell lines with potential for therapy”, in *Nature Biotechnology*, 25, 2007, pp. 100-106.

⁴ Sobre la decisión y sus aspectos innovativos, ver C. GERMINARIO, “Brevettazione delle cellule staminali embrionali umane: divieto o legittimazione?” en *Diritto Industriale* 2009, 2, 10.

dados o en todo caso inducidos a dividirse serían considerados, sobre la base de certezas científicas, como parte del concepto de embriones y dignos de la misma protección que pertenece a todo ser humano⁵.

De esta manera el Tribunal acoge las conclusiones el Abogado General Yves Bot; en sus conclusiones se encuentra ya una clara toma de posición a favor de una interpretación uniforme del concepto de embrión humano en el ámbito comunitario, en nombre de la dignidad del mismo, sea tan grande como sea posible. Básicamente, en la actualidad, para el derecho europeo se consideran etapas de desarrollo de la vida humana afectadas por el proceso de tutela garantizada por la ley, las que se refieren a óvulos humanos fecundados, y de óvulos humanos no fecundados pero convertidos en objeto de un procedimiento para su desarrollo.

4. Central para la opción asumida en sede jurisdiccional ha sido el concepto científico de totipotencia, considerada la característica primigenia del ser humano, base para el reconocimiento de la protección jurídica del mismo; a partir de estas células se desarrolla, en efecto, sin solución de continuidad todo el ser humano en su corporeidad. Otros estados sucesivos del desarrollo del ser humano, como la anidación, que parte de la doctrina considera el umbral para activar la protección jurídica⁶, se consideran irrelevantes, así como irrelevante ha sido considerado el hecho de que los embriones hubieran sido creados con intenciones diversas a la inducción de un embarazo⁷.

Es sobre el concepto de totipotencia sobre el que vale la pena, por tanto, detenerse, sobre todo a la luz de las muchas críticas formuladas en sede científica y jurídica respecto a ello. El concepto de totipotencia, de hecho, es característico de las células que se desarrollan inmediatamente después de la fecundación, cuando el óvulo fecundado comienza a dividirse dando lugar al

⁵ Se han avanzado críticas sobre la subsistencia de una certeza científica y de una unanimidad de concepciones entre los Estados miembros con relación al concepto de embrión. Según Dederer, mientras hay consenso en el ámbito de la Unión sobre el hecho de que no se pueden patentar invenciones contrarias al orden público y a la moral (buenas costumbres), no existe consenso sobre el concepto de embrión (ver en Alemania el artículo 8, apartado 1de la Ley sobre la protección del embrión y las declaraciones del Comité ético nacional de 2004, sobre la patentabilidad de descubrimientos biotecnológicos alcanzados usando material biológico de origen humano. Cfr. L. LAIMBÖCK, H.G. DEDERER, *Der Begriff des "Embryos" im Biopatentrecht. Anmerkung zu den Schlussanträge von GA Yves Bot v. 10 März 2011, Rs. C-34/10 –Brüstle. Zugleich eine Kritik des Kriteriums der "Totipotenz"*, en *GRURInt* 2011,661– beck online.

⁶ El argumento adoptado para sostener esta tesis es que, sin anidación, no sería posible el nacimiento; y sin embargo la anidación resulta ser un elemento extrínseco respecto al embrión, un acontecimiento externo a él sobre el que el hombre puede interferir, un lugar en el cual él viene situado y que determinaría la dignidad.

⁷ Sobre la base del argumento según el cual el concebido sería tal si fuese querido por la pareja; de nuevo una argumentación de carácter meramente subjetivo, que hace depender la dignidad del embrión de la voluntad de otros de atribuirle una determinada finalidad.

blastocisto, un conjunto de células totipotentes, que se distinguen en trofoblasto, que dará origen lugar a los anexos del embrión, y el nodo o botón embrionario, del cual se desarrollará el nuevo organismo. Por lo tanto, la totipotencia tiene dos acepciones: es totipotente una célula a partir de la cual se desarrolla un organismo completo o es totipotente una célula capaz de generar todos los tipos de células, incluyendo la que proceda del trofoblasto, a partir de la que no se desarrolla el organismo, sino la placenta. La solicitud de patente había asumido el segundo significado, y por tanto las células de partida de Brüstle sí podrían desarrollarse en cualquier tipo de tejido, pero no en un individuo completo, ya que podrían ser extraída del trofoblasto y no del embrión en el sentido estricto.

Sobre esta base, la opción de considerar no patentables todos los tipos de células totipotentes de manera indiscriminada, ha sido objeto de críticas y se ha solicitado que el mismo concepto de la totipotencia sea aclarado en sede científica y jurídica para investigar las implicaciones éticas de dos tipos diferentes. Pero estas críticas, que también deben ser consideradas con atención, no resisten la consideración que subyace en la defensa radical de la vida desde su inicio, aquella según la cual el proceso de división del óvulo es considerado el momento genético de la nuevo organismo y, por tanto, el óvulo que comienza a dividirse debe ser considerado digno de protección y no destructible, ni siquiera para extraer las células totipotentes que en perspectiva no entrarían materialmente en el nuevo organismo, sino sólo en sus anexos, pero que por lo demás son fundamentales para el desarrollo de la vida humana.

De esta manera se ha movido el Tribunal, y esto debe considerarse muy importante para una sociedad en la que la manipulación genética parece haberse convertido en aceptable teniendo en cuenta los posibles desarrollos positivos de las correspondientes investigaciones; también muy importante, porque –de esta manera– se toma una postura en contra de tesis que se están difundiendo relativas a los procesos de desarrollo del ser humano sobre la base de la división en fases de dichos procesos y en favor de la idea de que el cuerpo humano se desarrolla, por el contrario, de acuerdo a un proceso integral que no conoce solución de continuidad⁸. Según Dederer, que ha dado argu-

⁸ El Tribunal habrá quizás tenido presente la serie de argumentos que se han ido avanzando a favor de la unidad del proceso de generación del cuerpo humano maduro. Se trata de los llamados *SKIP-Argumente*, en otras palabras el argumento de la especie (según el cual la célula totipotente pertenece ya a la familia humana), el de la continuidad (*Kontinuität-Argument*, según el cual faltan elementos de división claros entre las diversas fases, el de la identidad (la célula totipotente sería *in nuce* idéntica al bebé en el que derivará) y de la potencialidad (según el cual la célula totipotente y solamente ella tiene la capacidad de desarrollarse, en determinadas condiciones, hasta convertirse en un individuo completo). Quien por el contrario sostiene que es la anidación el episodio decisivo del que surge la obligación de la tutela jurídica argumenta diciendo que este es un episodio fundamental del desarrollo (un salto de calidad) porque, si se partiese de las células madre totipotentes

mentos durante mucho tiempo en contra de la opinión sostenida por la sentencia, por ejemplo, no sería razonable decir, como hace el Abogado General en sus conclusiones, que “las células totipotentes ... representan la primera etapa del cuerpo humano en que se convertirán, por lo que han de ser considerados como embriones...”; sería necesario, por el contrario, distinguir entre una primera fase de este desarrollo en la que se forma el embrión, fase, a su vez, en la cual sería distinto el proceso de formación de la placenta respecto al de la formación del embrión en cuanto tal, una segunda fase en la que el embrión se anida y una tercera fase en la que el embrión entra en la etapa fetal. Si se reconociesen realmente diferentes fases, también podría ser diversa y graduada la relativa tutela jurídica, como de hecho en parte ya está sucediendo. También de acuerdo con este autor, no habría coherencia entre la primera afirmación del Abogado General (células totipotentes como primera etapa del desarrollo del cuerpo humano) y la segunda... (que la misma pertenece al género “embrión”), sino que sería necesario, por contra, rediscutir la atribución de la denominación de embrión a esta primera etapa que podría, al contrario, ser más fácil de definir de otra manera.

5. Teorías gradualistas y teorías fundamentalistas se confrontan, así, sobre el terreno, complejo, de la interpretación de los procesos de formación de la vida humana, el cuerpo humano, la vida en cuanto tal y la humanidad como carácter distintivo de nuestra especie; la sentencia que estamos examinando muestra una clara toma de postura clara a favor de las segundas.

Este resultado debe, sin duda, ser valorado y saludado como fruto de gran importancia, basado sobre la prioridad de opciones morales fundamentales respecto a las técnico-científicas; en esta perspectiva es útil, como ya se mencionó, la referencia a la dignidad humana como un concepto que no es susceptible de graduaciones, concepto plenamente jurídico, pero al mismo tiempo, indicativo de una tabla de valores fundada sobre la preeminencia del ser humano como tal, en comparación con otros intereses menos fundamentales. La opción opuesta, la de carácter gradualista, no se sustrae a la impresión de haber sido formulada con el único propósito de establecer grados de tutela jurídica: no la sustancia del embrión humano, sino la necesidad de graduar su tutela, incluso en favor de los intereses materiales o la investigación, sería

y no de la anidación, la mujer que se somete a procesos de fecundación asistida no podría elegir si hacerse implantar el embrión o no; por el contrario, la mayoría de las legislaciones permite a la mujer elegir si someterse a la implantación tras la fecundación, en nombre del derecho a la autodeterminación femenina respecto al propio cuerpo (Art. 2, apartado 2, frase nr.1 GG). Sería sin embargo necesario sancionar una obligación de implantar si antes de la anidación las células fecundadas y en fase de primera diferenciación *en vitro* fuesen titulares de una plena tutela jurídica a ellas atribuida por razón de su derecho a la vida y a la dignidad humana. Y, verdaderamente, aquí se toca un tema crucial de las modernas legislaciones restrictivas en la cuestión del derecho a la vida, visto que dichas legislaciones, precisamente por su naturaleza restrictiva, se muestran en evidente contraste con las ya ampliamente difundidas legislaciones en materia de aborto.

la opción básica realizada por los defensores de esa posición, también sobre la base del hecho, por todos contrastable, de que la misma vida después del nacimiento conoce fases de desarrollo, que sin embargo no afectan a la sustancia de la vida misma y su protección.

6. Una posición análoga a la mantenida en este caso había sido, por lo demás, sostenida y argumentada ya en la Declaración Final de la XII Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida, emitida a la conclusión del Congreso Internacional sobre “El embrión humano en la fase de pre-implantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas”, que se celebró en Roma en febrero de 2006⁹. Esta declaración, basada sobre los más modernos avances de la embriología, había establecido que las características de continuidad, gradualidad y coordinación, propias del desarrollo del organismo humano, ya están presentes desde el inicio del proceso de mitosis del óvulo, es decir, en esa etapa que precede a la formación del blastocisto y se llama la fase de mórlula; se afirma en dicha sede que “el conjunto de estas tendencias constituye la base para interpretar el cigoto ya como un organismo primordial (organismo unicelular) que expresa coherentemente sus potencialidades de desarrollo a través de una continua integración primero entre los diversos componentes internos y luego entre las células a que da lugar progresivamente”.

En consecuencia, el estatus moral del embrión puede ser definitido no con base en una división por etapas de su desarrollo, que se identifican sobre la base de criterios extrínsecos al embrión mismo, criterios por su naturaleza convencionales y arbitrarios, sino, más bien, a partir de su propia naturaleza de embrión. Partiendo de este elemento de carácter científico, la Declaración sigue diciendo que el embrión, en la fase de preimplantación, es un ser de la especie humana, es un ser individual en cuanto posee en sí la finalidad de desarrollarse como persona y, en conjunto, la capacidad intrínseca de operar tal desarrollo.

En sustancia –y más allá de cualquier intento de determinar en este individuo la característica de persona humana, característica que se muestra como de naturaleza filosófica y no estrictamente científica– la dignidad de este ser se deriva no de elementos interpretativos, sino del hecho mismo de que, visto que se está en la presencia de un organismo humano, de ello se deriva de la necesidad de garantizar el pleno respeto de su integridad y dignidad, y por lo tanto, cualquier conducta que ponga en peligro el derecho a la vida se presenta como gravemente inmoral. Todas estas afirmaciones son de gran importancia,

⁹ Pero ver también la amplia reflexión sobre el concepto de persona planteada por R. Spaemann, según el cual, de modo muy sintético “puede y debe tenerse un único criterio para la personalidad: la pertenencia biológica al género humano. Por esto también el inicio y el fin de la existencia de la persona no pueden separarse del inicio y el fin de la vida humana”. Citado por E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Vol. I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano 2007, p. 137.

tanto en el plano de los contenidos, como en el del método que permite llegar a estas conclusiones. En contra de cualquier acusación de dogmatismo, el camino que se recorre para definir la naturaleza del embrión se basa sobre elementos de hecho comprobables por todos y sobre los que se ha establecido la frontera de la investigación científica. Hechos y no opiniones, por lo tanto, hechos que traen como consecuencia opciones morales y jurídicas dotadas de una sólida base no dogmática sino racional.

5. Conforme a lo expuesto, se destaca cómo existe una sustancial coincidencia entre las opciones de la Declaración, formulada en 2006, y las que se realizan en sede europea cinco años después. Y, sin embargo, hay que decir también que –a pesar de ello– la cuestión no puede ciertamente considerarse como definitivamente cerrada. Antes bien, la cuestión abre una nueva serie de problemáticas posteriores que sería cuando menos miope ignorar. En efecto, no es esta concepción siempre la dominante ni en los ordenamientos nacionales ni en el ámbito europeo. En otros asuntos, distintos del campo de las patentes (y por lo tanto del disfrute comercial exclusivo por parte del titular de la patente) se han realizado opciones jurídicas alternativas a la presente; asimismo es con éstas con las que es necesario enfrentarse si no se quiere poner excesivo énfasis sobre el presente caso. En particular, en opinión de quien esto escribe, es necesario considerar que, frente a la afirmación –más que compatible– de la unidad del proceso de formación de la vida, si no otra cosa, al menos sobre la base de un principio de precaución, en el sector de la tutela de los derechos parecen ser otras las lógicas dominantes; aquí los derechos de los embriones y los fetos se comparan con los derechos de las madres y padres de familia, lo que supone en la mayoría de los casos que sucumben los primeros frente a los segundos; lo cual no puede más que crear desequilibrios, como si, en última instancia, se confiriese al embrión –que también incluye al feto, a los fines de la patentabilidad– una protección mucho más fuerte que la del feto en la perspectiva de la tutela de sus derechos, reales o potenciales, con respecto a los derechos de los demás. ¿Cómo, entonces, comprender y justificar las decisiones tomadas en esta sede? Dos pueden ser las consideraciones sobre las que reflexionar¹⁰.

La primera: es necesario concentrarse sobre el hecho de que el progreso científico en el campo biotecnológico, cuando afecta al individuo incluso en el momento en que surge, pone en peligro toda la especie humana, con consecuencias que deben considerarse mucho más peligrosas que la elección con-

¹⁰ Todavía más difícil resulta compatibilizar las afirmaciones de la sentencia que estamos examinando con las normas éticas fundamentales del *VII Programa Marco sobre la investigación, desarrollo tecnológico y comunicación /2007-2013*, según las cuales es posible que la Unión financie con sus medios investigaciones que tengan por objeto células madre embrionarias humanas, independientemente de su proveniencia; además en muchos Estados no se considera contrario al orden público y a la moralidad producir células madre embrionarias de embriones humanos.

creta de un individuo concreto (la madre) que afirma sus propios derechos con relación al hijo en su vientre o al hijo deseado y buscado por todos los medios puestos a disposición por el progreso científico y médico. Con lo cual parece casi que la esfera de los derechos, con sus normas y sus lógicas argumentativas ya muy arraigadas, es más permisiva respecto a otros sectores del ordenamiento en los que domina una lógica más técnica y por lo tanto más objetiva y generalizada.

En otras palabras, la norma según la cual no se puede patentar el cuerpo humano como un todo o partes de él, siendo norma objetiva del ordenamiento, tendría un alcance más radical respecto a la lógica de la ponderación según la cual el derecho (subjetivo) a tener un hijo prevalece sobre el derecho (igualmente subjetivo, pero menos "pesado" que el primero) del embrión formado en probeta a mantener su integridad o incluso del feto a ver tutelada la propia capacidad de desarrollarse hasta convertirse en un hombre completo; este último derecho ve debilitada su tutela si se sitúa en confrontación con la libertad de elección o el derecho a la salud de la madre.

La segunda: patentar comporta, como todos saben, para el titular del relativo derecho la facultad de sacar de la propia invención en exclusiva todos los beneficios que se derivan de su uso industrial y comercial. En consecuencia, la defensa de la dignidad (es decir, de lo específico del ser hombre) de la *vida* humana (y no sólo del desarrollo corpóreo del hombre, sino de contenido que este desarrollo contiene en sí mismo) en todas sus fases, desde la etapa primitiva hasta la de plena madurez, no compite con otros derechos, sino más bien con la posibilidad de conseguir ventajas comerciales, industriales o progresos científicos (estos últimos igualados a los primeros con gran realismo por parte del Tribunal de Justicia) de las invenciones relacionadas con ella: competencia desigual, que considera por tanto la prevalencia absoluta de la mencionada tutela.

En pocas palabras, a diferencia de los EE.UU., Europa parece mantener una estimación reciente de la dignidad humana que no está sujeta a las lógicas del mercado o del progreso científico sin ningún tipo de condiciones; antes bien, precisamente la dignidad humana, considerada por muchos como un principio inútil, sirve en el presente caso para marcar la diferencia entre la tendencia a ponderar y la necesidad de afirmar con claridad los fundamentos de la propia civilización, no comercial, sino digna. En este sentido, Europa puede redescubrirse a sí misma—todavía en nombre de su persistente humanismo—más determinada por la ética y que por otros intereses económicos y configurarse como una tierra donde, bajo las cenizas de radicalismo libertario, conserva la calidez de la tradición iluminista de su norma moral fundamental de origen kantiano, aquella según la cual el hombre nunca puede ser considerado como un medio para alcanzar incluso los más nobles propósitos, sino siempre y sólo un fin.

La sentencia *Brüstle* sobre los embriones: muchos méritos y... otros tantos defectos*

Antonino Spadaro

Catedrático de Derecho Constitucional
Università “Mediterranea” di Reggio Calabria

Recibido: 02.05.12

Aceptado: 31.05.12

Resumen: En el presente trabajo se hace un análisis de la Sentencia *Brüstle*, señalando las principales conclusiones a las que llegó el Tribunal Europeo de Justicia y se hacen importantes consideraciones en torno a la utilización de determinados embriones criocongelados por la investigación científica y si la producción por su parte de simples células madre pluripotentes puede ser objeto de patentes con fines industriales y comerciales.

Palabras clave: bioética, embriones, patentabilidad, embriones humanos, Tribunal Europeo de Justicia, investigación científica.

Abstract: *In this paper there is an analysis of the judgment Brüstle, pointing out the main conclusions reached by the European Court of Justice and makes important considerations regarding the use of certain embryos for scientific research and if its production of simple part of pluripotent stem cells can be subject to patents for industrial and commercial.*

Key words: *bioethics, embryos, patenting human embryos, European Court of Justice, scientific research.*

Como se sabe, con la sentencia de 18 de octubre de 2011 –*Brüstle versus Greenpeace*– el Tribunal de Justicia europeo, en síntesis “excluye la patentabilidad de una invención si [...] exige la previa destrucción de embriones humanos o su utilización como material de partida” (nº 3 disp.). En pocas palabras, se limita a decir que no se pueden hacer patentes con fines comerciales e industriales sobre las invenciones biotecnológicas que implican la destrucción de embriones humanos, pero –nótese bien– no que no se puedan *usar* (y por lo tanto, inevitablemente, destruir) embriones humanos existentes con fines científicos, terapéuticos y de diagnóstico. Limitándose a afectar solamente los perfiles industriales / comerciales, pero sin excluir el uso de células madre embrionarias para la investigación dirigido a tratar enfermedades graves, en abstracto parece una buena decisión. En realidad, presenta –como veremos– varios aspectos problemáticos. Más concretamente, el Tribunal de Justicia declara, con una fórmula extraordinariamente amplia, que “constituye

* Traducción de Carlos Vidal Prado (UNED).

un” embrión humano “cualquier óvulo humano desde la fecundación, cualquier óvulo humano no fecundado en el cual haya sido implantado el núcleo de una célula humana madura y cualquier óvulo no fecundado, que a través de la partenogénesis haya sido inducido a dividirse y desarrollarse”(n. 1 disp.). Sin embargo, también admite la posibilidad:

- a) implícitamente, del uso de embriones a los fines de la simple investigación científica, excluyendo sólo la patente (n ° 2 disp.);
- b) explícitamente de una patente en materia de embriones humanos, siempre relativo a “invenciones con fines *terapéuticos* o de *diagnóstico* que se aplican y que son útiles para el embrión humano” en sí mismo (nn. 6 y 4 mot., pero ya en n. 42 del preámbulo Dir. 98/44/CE);
- c) que los tribunales nacionales (no el legislador) decidan “a la vista de la evolución de la ciencia, si una célula madre derivada de embriones humanos en el estado de blastocisto constituye un ‘embrión humano’”(nº 1 disp.), es decir, si estas células son capaces de “iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano y por lo tanto responden a la noción de ‘embrión humano’”(nº 37 mot.).

En este sentido, es posible plantear por lo menos tres objeciones:

- 1) la presente sentencia del Tribunal de Luxemburgo, trata de imponer una noción muy amplia de embrión humano, en claro contraste con una sentencia anterior del Tribunal de Estrasburgo (TEDH Evans v. Reino Unido, n. 6339/05, 7 de marzo de 2006), en la cual el TEDH –señalando la falta de consenso sobre la definición científica y legal del embrión humano– dice que este es un asunto sobre el cual hay que reconocer a los Estados márgenes de autonomía legislativa (el llamado margen de apreciación / discrecionalidad nacional);
- 2) es difícil entender el significado de la atribución a los tribunales nacionales de un margen de poder de interpretación, pudiendo establecer si “según el estado de los conocimientos científicos, la eliminación de una célula madre de un embrión humano en el estado de blastocisto comporta la destrucción del embrión” (nº 1 disp.), considerando que el Tribunal de Justicia ya ha declarado en la misma sentencia que “de las observaciones presentadas ante el Tribunal se deduce que la eliminación de una célula madre de un embrión humano en la fase de blastocisto implica la destrucción del embrión” (n. 48 disp.);
- 3) En realidad nunca ha sido cuestionada, ya que nunca se previó la posibilidad de concesión de patentes sobre los embriones humanos, e incluso –nótese bien– sobre las *células madre totipotentes*. De hecho, la patente solicitada por Brüstle (como todas las patentes concedidas en Gran Bretaña, Suecia y el resto del mundo) se refiere a las *células madre pluripotentes* y, por consenso casi unánime (incluso del mismo abogado general Y. Bot), se cree que estas células

carecen de la capacidad para activar el proceso de desarrollo de un ser humano. Por consiguiente, no son calificables como embriones¹.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia, al igual que el abogado general Y. Bot, sostienen que “también” las invenciones sobre simples células madre pluripotentes deben ser excluidas de la patentabilidad. ¿Por qué? En resumen, porque es imposible obtener líneas de células madre embrionarias sin que, al comienzo del procedimiento, se lleve a cabo un uso destructivo de embriones. Sin embargo, partiendo de esta premisa –nobilísimo en abstracto, pero en concreto, por cómo está formulada, innecesariamente rígida– es difícil no caer en fuertes contradicciones y evitar por lo menos un par de preguntas:

- 1) en los casos a) y b) antes mencionados y admitidos por el Tribunal de Justicia –fines de investigación científica (sin patente) y fines terapéuticos/de diagnóstico a favor del embrión (con patente)– en el inicio es destruido o dañado un embrión humano. ¿Cómo es posible que en estos casos la cuestión sea admitida y en cambio, se excluya en los otros casos (uso de embriones para fines comerciales/industriales)? La ausencia de fines comerciales/ industriales (patente) ¿es capaz, por sí misma, de eliminar el principio de la *dignidad humana* del embrión? La dignidad ¿es un principio “variable”, en forma de “acordeón”?
- 2) ¿Cómo distinguir una investigación con finalidad *científica* (para la que la patente está excluida) de una investigación para fines *terapéuticos* o de *diagnóstico* (para la que la patente se permite)? Por otra parte, ¿no es cierto que, si no todos, casi todas las investigaciones científicas no son válidas en sí mismas, sino que en este campo tienen precisamente una finalidad *terapéutica* y *diagnóstica*?

A estas preguntas, legítimas, y no eludibles, se añade el que, en mi opinión, es el verdadero problema, especialmente en Italia: la existencia de tantos embriones no adoptables y no utilizables (los llamados supernumerarios).

Suponiendo que seguramente se compartirá la idea de que no se crean nuevos embriones, parece –sobre todo cuando la *Corte Costituzionale* ha eliminado el límite máximo de 3 embriones a implantar en cada ciclo de fertilización (sentencia n. 151/2009.)– que los embriones crio-congelados disponibles se habrán multiplicado. Parece que en el momento, sólo en Italia hay cerca de 20.000 embriones crio-congelados, que no pueden ser utilizados para la investigación científica, a la vista de la prohibición impuesta por la ley número 40 de 2004 (al menos, hipócritamente, en el caso de embriones *italianos*). Desde mi punto de vista, es muy conveniente que se promueva la adopción, pero es un camino muy arduo y difícil. Los embriones, por lo tanto, están destinados o a ser dados en adopción para ser implantados en el útero

¹ Véase D. Neri, *Embrioni e brevetti: a proposito della sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Brüstle*, in *Bioetica. Riv. interdisc.*, n. 4/2012.

(que es el caso extraordinario), o conservados hasta su muerte (que es la hipótesis habitual). Resulta lícito preguntarse: ¿por qué esta terrible pérdida de embriones llamados supernumerarios? No es razonable pensar que –sin crear otros nuevos– todos los embriones no adoptados, pero abandonados, simplemente cri Conservados y destinados a ser “tirados a la basura”, puedan por el contrario ser utilizados para la investigación científica relacionada con los fines terapéuticos y de diagnóstico (piénsese, en el caso Brüstle, en las enfermedades neurológicas y la enfermedad de Parkinson), se entiende que sin patentes, pero siempre para fines buenos? El uso con fines hetero-céntricos –no de investigación abstracta, sino para ayudar a tratar enfermedades graves– de los embriones abandonados no puede constituir una forma de caridad, una especie de *derecho compasivo*? Aunque es una situación diferente, por qué podemos hacer trasplantes de órganos humanos entre personas vivas y usar partes del cuerpo de la gente acaba de morir (por ej. córneas) y no podemos admitir que embriones *destinados con seguridad a la muerte* puedan utilizarse con la finalidad de la investigación para curar enfermedades graves?

En conclusión, en mi opinión la cuestión principal no es, como por el contrario se considera superficialmente, la de admitir o no el uso, para cualquier propósito, de las células madre totipotentes –cosa excluida desde siempre y prácticamente por todos– sino aquella, bien diversa, de si se admite que los embriones criocongelados existentes, no adoptables o destinados en cualquier caso a no ser utilizados de ningún modo, puedan –antes que acabar “en la basura”– ser o no disfrutados por la investigación científica y si la producción por su parte de simples células madre pluripotentes (que no son y nunca puede convertirse en embriones) puede ser objeto de patentes con fines industriales y comerciales. En este sentido, parece que el Tribunal de Luxemburgo, en lugar de inspirarse en el “principio de precaución”, haya pecado de “exceso de precaución”. Así que –frente a algunos recientes excesos opuestos²–, también esta sentencia aparece como una reacción... excesiva.

Probablemente, el gran mensaje jurídico y político de la sentencia es –al menos en mi opinión– que es necesario superar el nivel “privado” de las patentes, es decir, el la finalidad meramente comercial / industrial de la investigación en el delicadísimo campo de la bioética. Campo en el cual, sin embargo, y paradójicamente, precisamente en *ausencia de patentes*, parece que por desgracia esa investigación estaría inexorablemente destinada a quedarse sin fondos. Es necesario, por tanto, imaginar una intervención y una financiación *pública* de la investigación –en Europa y en todo el mundo (OMS)– que favorezca un estricto control en este ámbito, evitando la creación de nuevos embriones y el uso indiscriminado de los mismos, pero evitando asimismo el derroche innecesario de embriones supernumerarios existentes y no adoptables.

² A. Giubilini e F. Minerva: si all’aborto post-natale, in *Journal of Medical Ethics* 2012; programma *Esnats*: no a cavie animali, si a cavie embrionali.

Embriones y procreación asistida ante los tribunales europeos: remisión a la decisión de los jueces nacionales*

Elisabetta Catelani

Catedrática de Instituciones de Derecho Público
Universidad de Pisa

Recibido: 02.05.12
Aceptado: 31.05.12

Resumen: En este trabajo, se hace referencia a la determinación por parte de la doctrina y jurisprudencia Europea del tratamiento de embriones humanos para fines científicos, terapéuticos y de diagnóstico. Se hace mención de la jurisprudencia más relevante al respecto.

Palabras clave: embriones humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, jueces, reproducción asistida.

Abstract: *This paper refers to the determination by the European doctrine and jurisprudence of the legal treatment of human embryos for scientific, therapeutic and diagnostic purpose. Also its mention the more relevant jurisprudence regarding this subject.*

Key words: *human embryos, European Court of Human Rights, judges, assisted reproduction.*

Hace ya algún tiempo la doctrina italiana y europea generalmente se ocupa del tema de la tutela multinivel de los derechos fundamentales y de la necesidad de configurar los derechos constitucionales en una visión “abierta”. Este camino no parece viable, sin embargo, con respecto a todos los derechos, en particular allí donde existen cuestiones morales y éticas delicadas, con respecto a los cuales los Estados miembros deben poder gozar de un amplio margen de discrecionalidad.

La cuestión del tratamiento de embriones humanos para fines científicos, terapéuticos y de diagnóstico, así como la del régimen de la reproducción asistida se deja, al parecer, a la decisión de los Estados individuales o incluso a la decisión interpretativa de los jueces individuales.

En estas pocas observaciones querría intentar verificar si la dirección que están tomando los tribunales europeos, seguidos luego por el Tribunal Constitucional italiano en una decisión sobre la cuestión de la reproducción asistida, determina, como consecuencia inevitable una disciplina diferenciada de tales aspectos en los diversos Estados, en virtud de la autonomía y la libertad

* Traducción de Carlos Vidal Prado (UNED)

de decisión que cada uno de ellos debe tener, o si realmente es posible concretar una dirección unitaria, al menos sobre algunos aspectos.

Es necesario por tanto determinar si, con respecto al caso en cuestión, existe una justa ponderación entre las legítimas instancias de tutela que cada Estado puede reivindicar para la protección de los intereses generales y de valores percibidos como fundamentales en un determinado momento histórico y la protección de derechos individuales.

Sobre estos aspectos es necesario hacer referencia a tres decisiones que pueden ser consideradas como emblemáticas para comprender la orientación que están tomando los tribunales europeos e italianos: la sentencia Brüstle de 18/10/11 del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, la sentencia de 03/11/11 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y por último la Ordenanza núm. 150 de la *Corte Constituzionale* italiana de 22 de mayo de 2012.

Amplia fue la discusión sobre el contenido de la sentencia Brüstle durante nuestro seminario italo-español y, en particular se puso en evidencia cómo el Tribunal de Luxemburgo, entre los diversos aspectos afrontados, ha remitido a los jueces nacionales individuales la valoración de las posibilidades de que las células sean o no consideradas “embrión humano”, a la vista de los avances en la ciencia. Al mismo tiempo en dicha decisión fue reafirmado el principio fundamental de derecho de la Unión, según el cual si la norma europea “no contiene ninguna referencia explícita al derecho de los Estados miembros”, debe interpretarse de forma independiente y uniforme a nivel europeo.

Dos principios aparentemente contradictorios entre ellos que ponen sin embargo en evidencia el problema de fondo quizá presente en Europa: por un lado la necesidad de garantizar un sistema integrado de derechos fundamentales y de ampliar en la medida de lo posible la interpretación y aplicación uniforme de los derechos en espacio único europeo, por otro lado, sin embargo, la oportunidad de asegurar un margen de discrecionalidad a los Estados miembros allí donde están en discusión cuestiones morales y éticas.

Este principio es confirmado y reiterado en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 3 de noviembre de 2011 que ha abordado un tema tan sensible desde el punto de vista de los valores morales y sociales en juego, constituido precisamente por el tratamiento de la procreación médica asistida de tipo heterólogo. La Gran Sala, en la presente decisión, ha reformado la sentencia adoptada previamente por el TEDH (Sala Primera) el 11 de marzo de 2010, declarando que no había habido ninguna infracción del art. 8 en relación con lo dispuesto por el art. 14 de la CEDH por parte de la legislación austriaca, en la que está prohibida la donación de óvulos y esperma de tipo heterólogo para la fecundación in vitro. Varios son los aspectos que se tratan en esta sentencia, pero lo que específicamente se destaca por la Gran Sala (ya señalado por lo demás en la sentencia de la Sala Primera) es la falta de un “enfoque uniforme” por parte de los Estados contratantes y la “naturaleza delicada de las cuestiones morales y éticas en cuestión”, de modo que los Estados partes

tienen en este campo un margen de discrecionalidad particularmente amplio. Un margen tan grande que permite a la Gran Sala afirmar que el legislador austriaco, al regular la reproducción asistida no se ha excedido en su uso.

El amplio espacio que se pretende reconocer a los Estados en estos aspectos se ve confirmado, según el Tribunal de Estrasburgo, también por el hecho de que la legislación en los 39 países del Consejo de Europa es muy diversa y que las soluciones que están previstas para proteger estos intereses en juego son igualmente variadas. También se hace mención a la Directiva 2004/23/CE sobre el tema de las células y tejidos humanos, en la que se excluye la posibilidad de que dicha norma pueda interferir en las decisiones de los Estados miembros sobre el uso o no uso de determinados tipos de células humanas y todavía menos pueda entrar en conflicto con sus disposiciones destinadas a definir el término jurídico “persona” o “individuo”.

También en esta sentencia, por tanto, el Tribunal Europeo no pretende superponerse a los Estados o, mejor, a la dirección política (incluso aunque fuese) de naturaleza moral y ética que en ese momento histórico el legislador considera que debe perseguir. Esto no impide a la Gran Sala observar, en sus conclusiones, que el Parlamento austriaco, así como todos los Estados partes, deberán tener en cuenta de un modo más profundo la evolución de la ciencia y la sociedad al respecto, pero esto no permite en cualquier caso al juez europeo poder interferir en el equilibrio interno entre los intereses públicos y privados afectados en el contexto social que ha conducido a la adopción de la legislación austriaca impugnada. Si por un lado el deseo hacia una siempre mayor armonización entre las legislaciones de los Estados europeos representa un principio básico y un camino común a recorrer, al mismo tiempo no podemos todavía afirmar que este objetivo deba perseguirse incluso contra los principios que el Estado considera superiores en ese momento.

La Ordenanza de la *Corte Constituzionale* italiana tiene su origen precisamente en el contenido de la decisión de la Gran Sala porque, para abordar la legitimidad constitucional de la Ley italiana de reproducción asistida (Ley N° 40/2004) y en particular la prohibición de la fecundación heteróloga en ella prevista, ha invocado el contenido de la decisión del Tribunal de Estrasburgo, remitiendo las actuaciones a los jueces *a quibus*.

Esta decisión puede interpretarse como una simple remisión para evitar, aunque sólo temporalmente, divisiones internas en la Corte sobre cuestiones morales que ponen en juego, además de principios jurídicos, valores morales y conciencia, no fácilmente separables entre ellos. Salvo que luego se pueda considerar la posibilidad de que el Tribunal pueda llegar, en un momento posterior, con una motivación más adecuada de los términos y motivos de la cuestión, también a la luz de los espacios que dejó abiertos el TEDH, a una declaración definitiva de inconstitucionalidad.

Se puede, sin embargo, también considerar la decisión de la Corte sólo una interlocución con carácter provisional, pero que en realidad pone fin a la duda de constitucionalidad, en cuanto que la Corte considere la evaluación

de la amplitud del margen de apreciación de los Estados que el TEDH ha subrayado en repetidas ocasiones con relación a estos aspectos. Precisamente porque están en juego valores morales y éticos el Tribunal Constitucional tiene espacio para considerar lícita la atribución de un valor preeminente a los derechos del nasciturus, antes que al de los padres a procrear a través de caminos distintos al del tratamiento omólogo.

Por supuesto hay que tener en cuenta que una legislación italiana completamente diferente de la seguida por todos los demás Estados de Europa, a la larga, podría llegar a no considerarse dentro del margen de discrecionalidad, especialmente si el llamado “turismo procreador” conlleva una fuerte diferencia de tratamiento en comparación con los otros ciudadanos de los otros 27 y/o 36 Estados europeos. Pero hasta que no se conforme este convencimiento común, los Estados serán libres para atribuir un reconocimiento diferente a los valores de dignidad del ser humano.

Los tribunales europeos por otro lado han afirmado a menudo que las tradiciones sociales y culturales de los Estados miembros pueden constituir un límite a un tratamiento uniforme entre ellos.

En última instancia la europeización de los derechos no significa también la europeización de todos sus valores.

El derecho a la vida como *derecho a nacer*

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de León

Recibido: 02.05.12

Aceptado: 31.05.12

Resumen: Se hace una consideración en relación al derecho a la vida y a la dignidad humana desde la perspectiva española y europea. Se pone en relevancia deber de respetar la vida ajena y, por tanto, de no lesionarla, de no causar por ningún medio ni procedimiento su final.

Palabras clave: Dignidad humana, derecho a la vida, Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Abstract: *In this paper there is a consideration regarding the right to life and human dignity from the Spanish and European perspective. Is pointed out the importance of the respect for lives.*

Key words: *Human dignity, right to life, Human Rights, Constitutional Court, European Court of Human Rights.*

La reciente lectura de varios excelentes artículos, testimonios y otros materiales, me ha animado a exponer e intentar explicar, una vez más, mi postura favorable al derecho a la vida del no nacido, como consecuencia y proyección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española) y el derecho de *todos* a la vida (artículo 15 CE)¹.

¹ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1996; “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 53, Madrid, UNED, 2002, págs. 337-358; Recensión al libro *La Constitución día a día* de Joan Oliver Araujo [Valencia, Tirant lo Blanch, “Alternativa”, 2003], *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 47, Universidad de Valencia, 2004, págs. 165-174; “El reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance”, en José Peña González (Coord.), *Libro Homenaje a D. Iñigo Caverio Latillaide*, Universidad San Pablo-CEU, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 55-70; “Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad” (con Óscar Mago Bendahán), *Revista de Derecho Político*, nº 66, Madrid, UNED, 2006, págs. 183-234; *Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales* (con Óscar Mago Bendahán), Caracas, Constitución Activa (“Breviarios del nuevo Derecho”), 2007; “El aborto es incompatible con la Constitución”, en el Foro de CiViCa, *Asociación de Investigadores y Profesionales por la Vida*, [http://cienciavculturaporlavida.blogspot.com/2009/11/el-aborto-es-incompatible-con-la.html](http://www.investigadoresyprofesionales.org/) (21 de noviembre de 2009); “El derecho constitucional

Me refiero a textos como: “Más reformas en Justicia y sus alternativas (IV)” (de Joaquín BRAGE CAMAZANO²); “Aborto antes del parto... ¿Y después?” (de José Manuel BELMONTE³); “Aborto, verdad y bioética” (de César NOMBELA⁴); “¿Se puede considerar el aborto post-parto un infanticidio?” (de Nicolás JOUVE⁵); “Mi compromiso con la vida” (de Sebastián PIÑERA⁶); “Más allá del aborto actual... ¿El infanticidio legal? (de Carmen GONZALEZ MARSAL⁷); así como al “*Manifiesto 25 de marzo, por una investigación biomédica eficiente, respetuosa con el ser humano y adecuada a la legislación europea*”⁸.

Aunque siempre es buen momento para retomar el tema de la fundamentación del derecho a la vida, considero que el delirante artículo de los *expertos en Bioética* Alberto Giubilini y Francesca Minerva en el que se considera *moralmente equivalente al aborto* (y, por tanto, admisible según ellos) matar a los recién nacidos, nos ofrece una ocasión particularmente favorable para realizar algunas consideraciones que, no por obvias, dejan de suscitar polémica y generar rechazo por parte de tantos adalides de lo *políticamente correcto*. El controvertido trabajo, publicado en la revista británica *Journal of Medical Ethics* el 22 de febrero de 2012 ha sido objeto de comentario en algunos de los artículos citados. Por eso intentaremos aquí plantear la cuestión desde una perspectiva más general, no sin lamentar con perplejidad que el pensamiento científico se haya alejado del sentido común hasta el punto de que, en tiempos como los actuales y en sociedades supuestamente evolucionadas y avanzadas, haga falta explicar que es el aborto lo conceptualmente equiparable al infanticidio, y no al revés.

I. Situándonos inicialmente en el contexto español: La Constitución, lejos de dejar abierto el tema de la titularidad del derecho a la vida, lo resuelve afirmando este derecho respecto de “todos” (artículo 15 CE), lo cual ha de ponerse en conexión con el artículo 10.1, que proclama el “libre desarrollo de la personalidad” como consecuencia y proyección de la dignidad de la persona: es decir, de todo ser humano, no solo de los nacidos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha negado al *nasciturus* (concebido y no nacido) la titularidad del derecho a la vida, a partir de la STC

al servicio de la persona: la protección a los más vulnerables y los *nuevos derechos*”, publicado en el Archivo Digital BULERIA (*Biblioteca Universitaria de León. Repositorio Institucional Abierto*): <https://buleria.unileon.es/handle/10612/503> . Identificador: <http://hdl.handle.net/10612/503> Octubre 2010.

² <http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=12850>

³ <http://www.elheraldodelhenares.es/pag/noticia.php?cual=12454>

⁴ <http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20120314&idn=1502533715585>

⁵ <http://www.investigadoresyprofesionales.org/drupal/content/%C2%BFse-puede-considerar-el-aborto-post-parto-un-infanticidio>

⁶ <http://www.diarioya.es/content/mi-compromiso-con-la-vida-por-sebasti%C3%A1n-pi%C3%B1era-presidente-de-chile>

⁷ http://www.medicinayhumanidades.cl/ediciones/n12010/05_Mas_alla_aborto.pdf

⁸ <http://www.profesionalesetica.org/manifiesto.php>

53/1985 de 11 de abril, reiterando esta postura en las SSTC 212/1996 de 19 de diciembre (Fundamento Jurídico 3) y 116/1999 de 17 de junio. Con ello, el Tribunal Constitucional ha provocado una auténtica mutación (o modificación no formal de la Constitución) al interpretar que ésta dice justamente lo contrario de lo que dice (a pesar de reconocer que, con la inclusión del término “todos”, se pretendió lograr la plena y eficaz protección del *nasciturus*, según consta en los propios debates constituyentes). Esto se debe fundamentalmente a que el Tribunal Constitucional se acoge al concepto de “persona” que, para el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, contiene el Código Civil (el cual establece en su artículo 29 que el nacimiento determina la personalidad), en lugar de aprovechar los ya mencionados elementos que la Constitución ofrece para extraer un concepto lo más amplio y favorable posible de persona. Olvida además el Tribunal Constitucional que, según el mismo artículo del Código Civil, “el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. El Tribunal Constitucional (al que se supone el máximo garante de la Constitución) ha dejado así desprotegido el derecho a la vida, abriendo la puerta a la legislación despenalizadora del aborto, negando el derecho a nacer del *nasciturus*, y negándole, por tanto, todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos. Con ello ha socavado el fundamento mismo sobre el que se asienta todo el sistema diseñado en nuestra vigente Constitución⁹.

⁹ La actual regulación de la llamada “interrupción” voluntaria del embarazo se halla contenida en la Ley orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 4 de marzo). Esta Ley orgánica entró en vigor el 5 de julio de 2010, después de que el Tribunal Constitucional rechazara la suspensión cautelar de la vigencia de la ley, solicitada por los firmantes del recurso de inconstitucionalidad contra la misma (Auto TC de 14 de julio de 2010), a pesar de que los efectos de la aplicación de la ley son obviamente irreversibles, y las vidas eliminadas bajo la cobertura de esta norma no se podrán recuperar si en su momento es declarada inconstitucional, como se hace constar en los votos particulares al mismo.

Puede consultarse su texto en: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/04/pdfs/BOE-A-2010-3514.pdf>

La mencionada ley orgánica ha sido desarrollada por los Reales Decretos 825/2010 y 831/2010, ambos de 25 de junio, publicados en el BOE de 26 de junio.

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/pdfs/BOE-A-2010-10153.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/pdfs/BOE-A-2010-10154.pdf>

El primero de ellos acomete el “desarrollo parcial” de la ley orgánica, mientras que el segundo se ocupa de la “garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo”. Véanse, entre otros muchos comentarios, el de José MAZUELOS, “La lógica inhumana de la Ley del Aborto”, así como otras noticias y comentarios relacionados: “El Tribunal Constitucional rechaza suspender con urgencia la Ley del Aborto”, http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=17580&id_seccion=24&PHPSESSID=e4f9044646b0e6dce856bbd8cc1e2032; y “Aborto: una ley abiertamente inconstitucional”, <http://www.libertaddigital.com/opinion/editorial/aborto-una-ley-abiertamente-inconstitucional-55594/>

Desde mi punto de vista, la lectura de los artículos 10.1 y 15 de la Constitución (sin olvidar tampoco el 39) hace jurídicamente imposible seguir considerando vigentes los preceptos del Código Civil según los cuales la personalidad viene determinada por el nacimiento (art. 29) y se extingue [específicamente aquí “la personalidad civil”] por la muerte de la persona (art. 32). El desfasado concepto de persona que ofrece el Código Civil, diseñado fundamentalmente para regular la seguridad del tráfico jurídico, debe considerarse no sólo superado, sino derogado en virtud del punto tercero de la Disposición derogatoria de la Constitución. En efecto, aparte del “Todos” utilizado por el artículo 15 para referirse a los titulares del derecho a la vida, el artículo 10.1 vincula la dignidad humana con el “libre desarrollo de la personalidad”. La personalidad puede desarrollarse en cuanto que existe; y no podrá desarrollarse si se elimina al sujeto en cualquier momento de la gestación.

No creo que exista razón que justifique la diferencia (incompatible por lo demás con el artículo 14 CE) entre nacidos y no nacidos que el Código Civil establece inicialmente, y que después trata de reparar mediante una especie de “discriminación positiva” del artículo 29 que neutralice la anterior discriminación sin paliativos.

En todo caso, la persona es algo más que un ser dotado de personalidad civil, y ni siquiera los Magistrados del Tribunal Constitucional son quiénes para negarle los derechos vinculados a su condición de ser humano. A estos efectos, interesaría recordar que el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (que, según el art. 10.2 de la Constitución española, sirve como criterio privilegiado de interpretación en esta materia) determina que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Ello significa que todo ser humano es titular de los derechos que la Constitución reconoce, lo cual se aprecia claramente en relación con el derecho a la vida: la lesión del mismo (quitar la vida a un ser humano) no sólo es irreversible, sino que obviamente le impide ejercer y disfrutar cualquier otro derecho: si no se respeta el derecho a la vida, da igual todo lo demás. Por poner un ejemplo gráfico: ¿De qué sirven todas las medidas para evitar o frenar el cambio climático, o las que se pudieran tomar para proteger el medio ambiente como establece el artículo 45? ¿De qué sirve el *derecho a respirar aire sano*, si a más de cien mil seres humanos al año en España no se les reconoce siquiera el *derecho a respirar*? El mismo razonamiento valdría para la libertad de información, el derecho a la salud, o cualquier otro.

Seguramente ese es el motivo por el que la misma Declaración Universal determina, desde su primer artículo, que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, afirmando así que antes de nacer ya son seres humanos. Entiendo que esta interpretación (que, en el contexto constitucional español encuentra apoyo en el tenor literal de los artículos 10.1 y 15, utilizando éste último la expresión “Todos”) es la única coherente con el principio de universalidad de los derechos. También en consonancia con la postura que mantenemos se encuentran los artículo 3 y 6 de la misma Decla-

ración Universal, a cuyo tenor “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

También como argumento en el orden internacional podríamos tener en cuenta el Estatuto de Roma de la Corte del Tribunal Penal Internacional, de 1998. No descarto, por ejemplo, que la eufemísticamente llamada “interrupción voluntaria del embarazo” (no tiene nada de “interrupción”, pues implica la eliminación definitiva del nasciturus), encaje en el supuesto de “genocidio” contemplado en el artículo 6 de dicho texto: “Matanza de miembros del grupo” [valdría decir, niños no nacidos], “Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo”... En todo caso, creo que la interrupción voluntaria del embarazo encajaría también en los supuestos que enumera el artículo 7 del citado Estatuto: “Ataque generalizado o sistemático contra una población civil...”, “exterminio”, “desaparición forzada de personas”, etc.

Pero, incluso, aunque alguien pudiera decir que resultaría forzada la inclusión del aborto dentro de estos delitos, creo que por sí mismo, sin necesidad de encollarlo en ningún otro tipo, se trata de una violación grave de derechos humanos. No sólo por ser masiva (no todo lo grave es masivo, pero todo lo masivo sí es grave, aunque uno solo ya lo es); sino también por ser una práctica reiterada y persistente... e incluso por su dimensión transnacional: casi cinco mil portuguesas vienen cada año al paraíso abortista en que –como todo el mundo sabe– se ha convertido España (sin perjuicio de que Portugal haya abierto la puerta a una regulación más permisiva en la materia tras el referéndum de febrero y la posterior reforma legislativa de abril de 2007). Cada treinta segundos se practica un aborto en la Unión Europea, y sólo en España se superaron en 2010 los 113.000 abortos anuales bajo la cobertura de la legislación despenalizadora, y la lamentable doctrina del Tribunal Constitucional a la que más arriba me he referido. Es decir, aproximadamente, cada cinco minutos se elimina *legalmente* a un ser humano en España. Hay provincias españolas que no tienen tanta población: es, pues, algo así, como barrer cada año un número de vidas humanas superior a la población de muchas provincias. A nivel mundial, se habla de unos 1500 millones de seres humanos eliminados antes de nacer; teniendo en cuenta que el mundo tiene unos 6700 millones de habitantes, se concluye que en unos cuarenta años se ha eliminado a una cuarta parte de la Humanidad. Al contemplar esta hecatombe humanitaria y esta barbarie moral, ¿Qué escribirán los historiadores del futuro sobre esta “civilización” en la que países –como el nuestro– que se dicen respetuosos con los derechos humanos legislan pisoteando el más básico de ellos? ¿Cómo explicar la contradicción en la que incurren los que se llenan la boca con los derechos humanos y se tapan los ojos y los oídos ante esta situación?

De hecho, considero que la interrupción voluntaria de la gestación lleva un deterioro irreparable para un sistema político democrático al suponer la eliminación sistemática de vidas humanas. Y todo ello envuelto en la falacia, que ya es hora de desmontar, consistente en asociar el aborto a la idea de

“progresismo”. El progresismo, al buscar la protección del más débil, no puede consistir en la eliminación de la vida del no nacido, por mucho que la presentemos como algo neutro y cotidiano. Considerar que determinadas vidas no merecen la pena ser vividas, o que determinados embarazos son un error, sí que está lleno de prejuicios que un espíritu progresista no debería aceptar.

No es difícil intuir la presión que ejercieron las corrientes de opinión que llevaron al anterior Gobierno y al partido que lo sustentaba a plantear el paso adelante en materia de aborto. Supongo que si lo han planteado será porque creían que podía ser rentable en términos electorales. También soy consciente de los importantes intereses económicos en juego; asímismo me llama la atención lo absurdo de los argumentos que se dieron para profundizar en la despenalización del aborto (vendría a ser algo así como que, dado que se estaban cometiendo irregularidades bajo la anterior ley, procedía cambiarla para que cupiera en ella lo que antes era delito). Me gustaría suponer que el Tribunal Constitucional declarará inconstitucional la actual legislación sobre el aborto, aunque poco cabe esperar, después de que este supuesto garante de la Constitución haya abierto la puerta, con su doctrina, a la anterior legislación, ya de por sí inconstitucional a todas luces como he intentado explicar más arriba. Soy, como digo, consciente de todo ello. Pero, por todo lo expuesto, también lo soy de que el aborto, tanto bajo la actual legislación como bajo cualquier otra ley despenalizadora, es incompatible con nuestro Texto constitucional.

II. Puesto que la problemática aquí tratada trasciende los límites de un determinado país u ordenamiento jurídico, no estará de más realizar alguna consideración adicional. Si el Derecho (en concreto el Derecho Constitucional) está *al servicio de la persona*, tiene que estarlo *de la vida humana*; y sobre todo, deberá estar al servicio de las vidas humanas más vulnerables y del deber de respetarlas.

La **dignidad de la persona** no sólo existe allí donde el respectivo ordenamiento jurídico la reconoce, y en la medida en que la reconoce: la dignidad va unida a la propia naturaleza humana, es previa al Derecho, y por tanto, *no sólo es lo que el Derecho dice que es*. Lo mismo ocurre, lógicamente, con los derechos derivados de esa dignidad, y con la posible introducción o aceptación de *nuevos derechos* que lleguen de la mano de prácticas médicas o avances científicos. Supuestos “nuevos derechos” de los que continuamente oímos hablar (y que en los últimos tiempos encuentran acomodo en nuestro ordenamiento por vía legislativa) como a interrumpir el embarazo, a decidir sobre la propia muerte, a llevar a cabo técnicas reproductivas que conlleven la destrucción de embriones, etc., no son en realidad derechos, puesto que suponen la negación, la contradicción o la lesión de esos otros derechos que entroncan con la naturaleza humana y encuentran su fundamento en la dignidad. La salud y el avance científico, sirven de excusa en estos casos para hacer prevalecer otro tipo de corrientes ideológicas e intereses económicos que nada tienen que ver con el progreso, pues lesionan y menoscaban la vida humana en lugar de promocionarla y favorecerla.

De este modo, como anticipábamos, lo que sucede es que la Constitución se deja de lado, queda marginada, dando paso a supuestos *nuevos derechos* que no sólo no están en ella, sino que contradicen, lesionan y pretenden ignorar a los constitucionalmente reconocidos. Esta realidad es, precisamente, la que nos da la clave para formular un criterio general: *solo estaremos ante un verdadero nuevo derecho cuando su reconocimiento o su aplicación no contradiga, lesione o atente contra otros derechos humanos, en especial el derecho fundamental e inalienable a la vida*. Si se pretende mejorar la vida, no será admisible lo que la destruya. El Estado puede *reconocer* derechos: no crearlos ni negarlos, ni hacerlos depender de las cambiantes mayorías parlamentarias o de las modas o corrientes de opinión presentes en la sociedad. Si no se tienen en cuenta este criterio, si aceptamos sin más (como meros e indiferentes espectadores) las modificaciones normativas y los avances científicos y técnicos prescindiendo en unas y otros de toda consideración ética, acabaremos asumiendo sin mayor reflexión que unas vidas merecen ser vividas y otras no, que unas personas pueden –e incluso deben– decidir sobre la vida o la muerte de otras, que la persona no es más que un conjunto de células, órganos, huesos y músculos, un objeto, un mero instrumento, un trozo de materia orgánica. Y entonces, el paso consistente en considerar “derechos” lo que antes eran “fenómenos” y “prácticas”, será un irreversible salto en el vacío.

Así pues, resulta sencillo deducir el corolario que se desprende de la argumentación expuesta en estas páginas: el hilo que conduce al ovillo, tiene su origen y su meta en la necesaria protección del derecho a la vida (que se traduce en el deber de no atentar contra ella) como premisa ineludible para el respeto y disfrute de los demás derechos. El respeto de la dignidad humana y el de los derechos que de ella se derivan, sólo es compatible con el respeto a la vida, a la *calidad de vida*, a la *esperanza de vida*. El derecho a la vida es el soporte de todos los demás, “en cuanto que es el presupuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985 de 11 de abril). Ese derecho se traduce y concreta en el deber de respetar la vida ajena y, por tanto, de no lesionarla, de no causar por ningún medio ni procedimiento su final.

Si el derecho a la vida del no nacido se hace depender de la voluntad de otras personas, que además podrán decidir sobre ella de forma libre e incondicional, estamos ante el más claro ejemplo de desprotección de una vida humana vulnerable.

Por eso, no sólo en el plano de la dignidad, sino en el de la **igualdad**, el respeto del derecho a la vida del no nacido (en definitiva, el *derecho a nacer*) encuentra adecuado fundamento. Mientras no se tenga claro que el derecho a nacer, como consecuencia lógica e inmediata del derecho a la vida, debe prevalecer sobre cualquier otro, ¿cómo será posible la igualdad? ¿Cabe discriminación más grave que poner fin a la gestación de esa vida humana (vulnerable y dependiente como ninguna otra) que es el *nasciturus*? La *igualdad básica*, la igualdad primera a partir de la cual pueden buscarse y cons-

truirse las demás es la igualdad en el derecho a nacer. La igualdad “*desde el nacimiento*” pasa necesariamente por la igualdad “*en el nacimiento*”, esto es: porque éste no dependa de la voluntad de otra(s) persona(s).

Insistimos: ¿Pueden jactarse España y tantos otros países de ser respetuosos con los derechos humanos? A quien no se le respeta el derecho a la vida, se le están negando todos los demás. Por este camino llegamos al horizonte de los “países sin Constitución”, que se hace presente como una dramática realidad, al suponer la negación y renuncia a todos los logros obtenidos a lo largo de más de doscientos años. Al respecto, baste citar el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”.

A lo largo de todo este tiempo, la evolución de los derechos ha consistido en su aparición paulatina, escalonada: cada nueva “generación” supone la superación de la anterior; una evolución lineal, progresiva, siempre en el mismo sentido. Sin embargo, hoy observamos una evolución en dos sentidos opuestos: por un lado, el claro retroceso de los derechos básicos (al disminuir o desaparecer la protección debida a la vida humana); y, por otro, la aparición de *nuevos derechos*, que quizás vienen a disimular el retroceso de los más tradicionales, pero que ningún sentido tienen sin éstos. Esos nuevos derechos supondrían, entonces, una huída hacia adelante, mirar hacia otro lado. Esa evolución en dos sentidos opuestos recuerda la imagen gráfica de una cuerda o goma elástica de la que tiran dos fuerzas opuestas, y al final se puede romper. Quizá aún estemos a tiempo de darnos cuenta de que, en el ámbito jurídico el *sentido* no tiene por qué ser incompatible con la *sensibilidad*.

El estatuto jurídico del embrión en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Carlos Vidal Prado

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 02.05.12

Aceptado: 31.05.12

Resumen: El presente trabajo versa sobre la relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al estatuto jurídico del embrión, a los distintos niveles de protección del embrión y sobre las importantes consecuencias jurídicas derivadas de este desarrollo jurisprudencial.

Palabras claves: Tribunal Constitucional, jurisprudencia, embrión, vida, aborto.

Abstract: *The present work deals with the relevant jurisprudence of the Constitutional Court regarding the legal status of the embryo, the different levels of protection of the embryo. This paper also deals with the important consequences of the jurisprudential development regarding this subject.*

Key words: *Constitutional Court, jurisprudence, embryo, life, abortion.*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el estatuto jurídico del embrión tiene como hito principal la STC 53/1985, de 11 de abril, relativa al Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal (la primera ley despenalizadora del aborto en España, de 1985). Esta jurisprudencia se ha ido completando, entre otras, con las sentencias 212/1996, de 19 de diciembre relativa a la Ley 42/1998 de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos, y la 116/1999 de 17 de junio en relación con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

El Tribunal Constitucional ha ido, de este modo, construyendo una doctrina que ha sentado las bases de la tutela jurídica de la vida del *nasciturus*. Partiendo del análisis del artículo 15 de la Constitución, que proclama el derecho de “todos” a la vida, entiende que el *nasciturus* no es titular de ese derecho fundamental, pero sí declara que es “alguien”, un *tertium* esencialmente distinto respecto de la madre con la que se relaciona (STC 53/1985, FJ 5)¹.

¹ Sobre el estatuto jurídico del embrión en la doctrina y jurisprudencia españolas, puede verse Rubio, R.: “El estatuto jurídico de la vida por nacer”, en D’Aloia (Coord.), *Il Diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Jovene editore, Nápoles, 2011, págs. 145-169. Asimismo, Alegre Martínez, M. A., “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”, en *Revista de Derecho Político*, 53, 2002, págs. 337-360.

Resulta discutible, sin embargo, y puede entenderse como contradictorio, que tras esta argumentación, en la que se reconoce la existencia de un tercer sujeto, diferente a la madre, Tribunal acabe no reconociendo al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida, declarando así la legitimidad constitucional del sistema de despenalización del aborto basado en el sistema de indicaciones –terapéutica, criminológica y eugenésica–: “En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”. Se trata de un salto argumental cuando menos discutible.

En todo caso, el Tribunal identifica un sujeto digno de protección jurídica (el *nasciturus*), en cuanto que representa un bien jurídico necesitado de protección, la vida humana, “un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital. (...) La gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta” (STC 53/1985, FJ 5). De estas afirmaciones del Tribunal se deduce, además, que el no nacido pertenece a la especie humana.

Basándose en ello, concluye que “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” (STC 53/1985, FFJJ 5 y 7). Esta idea se repite en sentencias posteriores, al sostener que “en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 CE” (STC 212/1996, FJ 3).

Aborda además el Tribunal una justificación de esta tesis, es decir, la de hacer derivar la protección del bien jurídico “vida” de un artículo de la Constitución, el 15, que reconoce un derecho fundamental. Así, expone que “ciertamente, los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos” (STC 212/1996, FJ 3, STC 116/1999, FJ 5).

El Tribunal extiende así la protección constitucional hasta el *nasciturus* que, sin ser titular del derecho fundamental de todos a la vida, “está protegido por el artículo 15 de la constitución” (STC 53/1985, FFJJ 5 y 7; STC 212/1996, FJ 3), por lo que esa vida “es un bien jurídico constitucionalmente protegido”.

Según esta doctrina, y conforme a la Constitución, no se puede desproteger la vida humana «en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma» (STC 53/1985, FJ 5). El *nasciturus* es, según el Alto Tribunal, aquel “con expectativa de personalidad” (STC 212/1996, FJ 6), “un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho a la vida, al igual que de los restantes derechos humanos” (STC 212/1996, FJ 3).

En consecuencia, el artículo 15 de la Constitución y la necesidad de proteger la vida del *nasciturus*, como señalan la sentencias 53/1985, FJ 7 y 212/1996, FJ 3 y FJ 9, “implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”. Por lo tanto, también el Derecho penal debe proteger la vida del no nacido. Lo contrario entraría en conflicto con la Constitución y con la interpretación que de la misma ha hecho el máximo órgano autorizado para ello, el Tribunal Constitucional.

Esa vida en desarrollo, un devenir que comienza con la fecundación, “no es una realidad única a efectos de su protección jurídica” (STC 53/1985, FJ 5), y por eso el Tribunal entiende que caben diversos niveles de protección. Lo que debe, por tanto, garantizarse en la regulación, es esta protección en todas las etapas de esta vida en desarrollo. Esa protección debe garantizarse suficientemente en cualquier regulación que afecte a cualquier fase de la vida, y precisamente las escasas garantías que incorporaba el primer Anteproyecto de Ley del Aborto fueron las que motivaron la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Lo que se puede subrayar, en consecuencia, es la importancia de establecer suficientes mecanismos de protección de la vida, para que la norma sea conforme con lo dispuesto en la Constitución.

También en las citadas sentencias del TC sobre el tratamiento de embriones se admiten diversos niveles de protección, pero partiendo siempre de considerar necesaria esa protección. Así, la sentencia 116/1999, especialmente en el FJ 9, entiende que la protección dada al embrión no transferido (preembrión) es inferior a la del embrión implantado, algo de lo que se deduce que la etapa del preembrión no puede estar exenta de protección jurídica (aunque ésta sea menor que la protección otorgada a otras etapas), y que todas las acciones que se justifican en esta línea deben hacer relación a la reproducción humana para garantizar su constitucionalidad. En el FJ 7 de la STC 116/199 se habla expresamente de la “la protección jurídica que, constitucionalmente, se garantiza a los *nascituri*”. Se hace expresa referencia en esta Sentencia a la STC 212/1996, FJ 5.

Sólo cuando hay conflicto, un choque de intereses, puede el Estado modular o limitar esa protección y eso es lo que ocurre, en el caso del aborto, con el sistema de indicaciones, que excluye la punibilidad de los abortos cau-

sados en los tres supuestos o indicaciones legales (terapéutico, eugenésico y ético). En todo caso, se trata siempre de una ponderación entre los intereses en conflicto, sin que uno de los intereses prevalezca incondicionadamente sobre el otro.

El Tribunal Constitucional entendió que estaba justificado considerar que en esos casos extremos (peligro para la vida o salud de la mujer, embarazo consecuencia de una violación y riesgo de que el feto pueda nacer con graves taras o malformaciones), a la mujer que aborta no le es exigible otra conducta, luego es razonable no sancionarla penalmente y que en esos casos el Estado renuncie a la tutela penal del no nacido. Esa renuncia a la tutela penal de la vida del no nacido está justificada porque “se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer puedan tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” (STC 53/1985, FJ 9). De acuerdo con estas consideraciones, ninguna vida humana puede quedar a plena disposición de un tercero, porque sería tanto como dar primacía absoluta a los derechos de la mujer sobre la vida del *nasciturus*.

En ese mismo Fundamento Jurídico 9 sigue diciendo el TC que el legislador debe tener presente la razonable exigibilidad de una conducta y puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insopportable. “Existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción –la sanción penal– para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”.

En el FJ 11 de la STC 53/1985, el Tribunal admite los tres supuestos previstos la actual regulación (terapéutico, eugenésico y ético), por considerar que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de lo que normalmente es exigible a una madre y su familia. Sin embargo, en el FJ 12 de la misma Sentencia justifica la inconstitucionalidad del primer Proyecto de Ley, al entender que debían incluirse algunas garantías más, precisamente para proteger la vida del *nasciturus* en aquellos supuestos que quedan fuera del nuevo precepto penal, es decir, para evitar abusos. Debía lograrse una protección efectiva, concepto, por cierto, que centró los debates parlamentarios de la nueva y vigente Ley.

En posteriores Sentencias el TC ha seguido manteniendo que la vida del no nacido, si bien puede ser sometida a ponderación, no puede quedar desprotegida de modo absoluto. Así, las SSTC 212/1996 y 116/1999 se apoyan en la doctrina de la STC 53/1985: como es sabido, el *nasciturus* no es persona a efectos de determinación de la titularidad del derecho a la vida, pero sí es un bien digno de protección constitucional, por lo que nace la obligación del Estado de dotarle de cierta protección jurídica.

Las citadas SSTC 212/1996 y 116/1999, en la medida en que apoyan la constitucionalidad de los preceptos impugnados en la distinción entre fetos viables y no viables, están ponderando, en la línea de lo apuntado en la STC 53/1985. Luego se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (y no sólo de una Sentencia) que el estatuto jurídico-constitucional del no nacido (bien digno de protección jurídica) impide una regulación en la que decisión sobre su continuidad vital sea completamente incondicionada. En todo caso, es necesaria siempre una ponderación, que garantice que no existe una desprotección absoluta de una de las dos partes en el conflicto jurídico.

A partir de la construcción jurisprudencial de la STC 53/1985, en definitiva, el TC intenta mantener su coherencia, a la hora de abordar un cierto estatuto jurídico del embrión. De este modo, sostiene que no existe titularidad de derecho subjetivo a la vida propiamente dicho antes del nacimiento. No obstante, según el TC, esto no impide que en la vida prenatal esté presente un bien, la vida humana, que debe protegerse por el ordenamiento, como parte de la normativa constitucional. Ello implica una doble obligación del Estado respecto a la vida prenatal, la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma.

En cuanto al bien jurídico digno de protección, es decir, la vida, se define como un devenir desde la fecundación y en esta línea, el Tribunal entiende que caben diversos niveles de protección (sin que, por cierto, pueda existir ninguna fase del desarrollo de esa vida que quede privada absolutamente de protección). También en las sentencias del TC sobre el tratamiento de embriones, como hemos visto, se admiten diversos niveles de protección, pero al fin y al cabo se considera necesaria esa protección. Al margen de que resulte discutible la terminología utilizada (la distinción entre embrión y preembrión), que se aparta de la terminología científica y que no es acogida por las legislaciones de los países de nuestro entorno, lo cierto es que se afirma que la etapa del preembrión no puede estar exenta de protección jurídica, y que todas las acciones que se justifican en esta línea deben hacer relación a la reproducción humana para garantizar su constitucionalidad.

El propio Tribunal reconoce en la sentencia 53/1985 (FJ 5), que la inclusión en el artículo 15 CE de la expresión “*Todos tienen derecho a la vida*”, obedeció, durante la tramitación parlamentaria, a la voluntad mayoritaria de lograr la plena y eficaz protección del *nasciturus*, de modo que no quedase fuera del ámbito de protección de dicho precepto. Además, se evitó utilizar la

palabra “persona”, para evitar que “se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución”².

En todo caso, se ha sostenido que la consideración conjunta de los artículos 10.1 (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad) y 15 (Todos tienen derecho a la vida) de la Constitución, permite considerar superada la disyuntiva terminológica *todos/las personas*; pues lo importante, en definitiva, es la voluntad inequívoca del constituyente de no excluir a ningún ser humano del reconocimiento del derecho fundamental a la vida³. En el FJ 5 de la STC 53/1985 se dice que “la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”. A continuación, el Tribunal concluye que “el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”. Habría que preguntarse, no obstante, si es tan claro y evidente que puede negársele al *nasciturus* la titularidad de ese derecho fundamental, como el Tribunal hace en las SSTC 212/1996 de 19 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio. En el FJ 3 de la primera de estas sentencias se afirma que el artículo 15 de la Constitución “reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los *nascituri*”. De modo más claro, unas líneas más adelante, se habla del “derecho fundamental de todos, es decir, de los nacidos, a la vida”.

La doctrina “mayoritaria” del Tribunal Constitucional reflejada en esta jurisprudencia resulta, en este sentido, claramente criticable, en cuanto que, como señala en su voto particular a la STC 53/1985 el Magistrado RUBIO LLORENTE, la vida es “algo más que un valor jurídico”, no encontrándose, por tanto, entre esos “valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama”.

En coherencia con esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional llega a otra consecuencia: en la citada sentencia 116/1999, FJ 4, puede leerse que

² Uno de los padres constitucionales, Gabriel Cisneros, en el prólogo al libro de A. OLLERO, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, pág. 11, corrobora esta afirmación, al sostener que “se eludió el sujeto ‘persona’ o ‘personas’ para evitar la transposición del más restrictivo concepto elaborado por el derecho civil”. Es interesante traer a colación lo que dice después: “puede lamentarse, con la experiencia sobrevenida, que no se abordara una inédita configuración de la persona comprensiva del *nasciturus*. Mas, aún sin evocar las dificultades políticas del propósito, semejante tarea parece más propia de la integración interpretativa jurisdiccional –es lo que pudo haber hecho la sentencia 53/1985– que de la concisa dicción de la norma”.

³ Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, págs. 49 y 92 ss.

la disposición impugnada (Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida), al igual que la Ley 42/1988 (de donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos) “no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE”; concluyendo así que dicha norma “no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el artículo 81.1 CE”. A la vista del resultado al que se llega (que de alguna manera reduce el nivel de garantía de un derecho fundamental como la vida), pensamos que tiene toda su justificación un replanteamiento de los fundamentos últimos de esta jurisprudencia constitucional.

RECENSIONES

Ferrajoli, Luigi: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta (Mínima Trotta), Madrid, 2011, 109 pp. ISBN: 978-84-9879-207-2

Nos ofrece el jurista italiano un ensayo en el que viene a constatar que las democracias constitucionales actuales –especialmente la transalpina pero extrapolable al resto– atraviesan días extraños y turbulentos, de futuro incierto. En apenas un centenar de páginas Luigi Ferrajoli detecta y expone algunos problemas acuciantes para el sistema democrático, proponiendo a su vez posibles soluciones.

La tarea se lleva a cabo conforme a unas ideas preliminares, tres capítulos y una conclusión, de lectura sencilla y amena, aun cuando las cuestiones que trata están estrechamente ligadas al mundo del Derecho (Constitucional); en la edición manejada el prólogo y la traducción corren a cargo de Perfecto Andrés Ibáñez, Magistrado del Tribunal Supremo.

Se inician aquellas con la defensa de la principal tesis del libro: ante la crisis de la democracia (constitucional y política) sólo cabe su refuerzo mediante nuevas garantías específicas de los derechos y de la democracia representativa (p. 24). A tal fin encamina las siguientes líneas, optando como paso previo por exponer lo que, a su juicio, constituye el paradigma de la democracia constitucional, cometido que ocupa el primero de los capítulos como tal.

Nos dice el autor que la democracia no puede ser entendida sólo desde una perspectiva formal, en el sentido de elección de representantes o de participación directa en los asuntos públicos, sino que es necesario prestar atención a su dimensión sustancial, conformada por el núcleo de derechos fundamentales recogidos en las normas constitucionales. Normas que, no puede olvidarse, devienen rígidas y supraordenadas a la legislación ordinaria, fenómeno que trae como principal causa las traumáticas experiencias totalitarias que condujeron a la II Guerra Mundial. Ese *derecho sobre el derecho* implica la subordinación de la política, imponiendo los principios constitucionales vínculos a la misma. A veces negativos, dado que los derechos de libertad no pueden ser violados. Otras positivos, porque otros tantos derechos (sociales) necesitan verse satisfechos, requieren acciones encaminadas a tal fin (p. 33 y ss.). Las dos dimensiones de la democracia quedan anudadas, así, a otras tantas clases de derechos fundamentales. La formal a los derechos formales (derechos políticos y civiles; esfera pública y privada; política y mercado); la sustancial a los derechos sustanciales (derechos de libertad y derechos sociales).

Consecuente con dicho esquema, Ferrajoli muestra sus dudas sobre hasta qué punto cabe hablar, en el Estado Constitucional, de soberanía como *potes-tas legibus soluta*. Y dirá que es procedente emplear el término siempre y cuando se ciña a dos interpretaciones. Como garantía negativa, en el sentido de que la misma sólo pertenece al pueblo y a nadie más que a él; y como garantía positiva, esto es: como la suma de fragmentos de soberanía que son los

derechos fundamentales atribuidos a todos. La conclusión ya la habrá adivinado el lector: las garantías constitucionales de tales derechos son garantías de la democracia, más allá de su formulación y desarrollo ulterior como negativas o positivas, primarias o secundarias (p. 39 y ss).

Con tales cartas encima del tapete se afronta, a lo largo del segundo capítulo, la denominada crisis por arriba de la democracia política, observándose cuatro grandes causas. La primera reside en el mal populista, ejemplificado en el líder como encarnación de la voluntad popular, lo que a su vez supone una deriva tanto anti-constitucional (se ignoran los límites y vínculos constitucionales), como anti-representativa (porque nadie puede arrogarse la representación de la voluntad de todo un pueblo). Lo preocupante de esto no es ya la deriva presidencial que suele apreciarse en los sistemas parlamentarios modernos, sino que supone un auténtico cambio de sistema, extremo que incluso ha intentado constitucionalizarse en Italia mediante la conocidas normas “anti-ribaltone” de 2005, que buscaban hacer casi imposible la moción de censura contra el gobierno y que finalmente fueron rechazadas vía referéndum (p. 51).

El segundo motivo queda circunscrito a los conflictos de interés apreciables en el vértice del Estado y el patrimonio populista. Lo que sucede, dice el filósofo del Derecho, es que habría desaparecido la distinción entre esfera pública y privada, entre poderes políticos y económicos. Incluso se podría hablar de auténtica primacía de los intereses privados del jefe del Gobierno sobre los intereses públicos. De ese modo se vacía de contenido la representación legal del Estado y la representación política de los electores. ¿Consecuencia? Ya no se representa a la Nación, como establece el artículo 67 de la Constitución italiana, sino los desvelos particulares de aquél (p. 56).

En este contexto los partidos políticos tampoco salen bien parados. Su integración en las instituciones ha sido tal que habrían dejado completamente de lado la mediación representativa de la ciudadanía, para convertirse en agencias de gestión y distribución de los cargos públicos; en ellas la oligarquía decisoria es la que goza de todo el poder, cimentado a su vez en múltiples mecanismos (como por ejemplo, las listas cerradas y bloqueadas, o la profesionalización de la política, donde vivir de la misma hará depender al representante, sobre todo, de quien lo incluya en la papeleta).

Cierra el apartado con la cuarta causa que observa como productora de la situación crítica, en confluencia con las tres anteriores: el control sobre la información que la ciudadanía recibe. Los grandes medios de masas no parecen mostrar una especial querencia por apoyar la independencia a la hora de elaborarla, por lo que ni se garantiza el derecho activo de libertad (de los periodistas), ni el derecho pasivo a la no desinformación (de los receptores, de los ciudadanos). Las dos patologías que detecta –control político y propietario de la información– pueden llegar a ser mortales para la democracia, sobre todo cuando van juntas (p. 62).

El correlato de todo lo anterior es la crisis por debajo de la democracia política, diagnosticada conforme a cuatro grandes causas a lo largo del tercer

capítulo. Comienza reflexionando sobre la homologación de los que consienten y la denigración del discrepante y del diferente. Una mayoría monolítica, políticamente uniforme y comandada por el líder que todo lo puede habría derivado en un constante agobio y acoso, incluso legislativo, a multitud de sectores minoritarios: inmigrantes, trabajadores, etc. El miedo, el odio y el racismo aparecen así como elementos que parecen confluir, no ya en la sociedad, ni en la política, sino también en algunas leyes, cuyo ejemplo paradigmático se mostró a las claras llegando a estipularse como delito la entrada clandestina en el país, violando de esa forma, y a juicio de Ferrajoli, los principios basilares del Derecho Penal (p. 69).

La segunda causa se centra en la despolitización masiva y la disolución de la opinión pública, problemas que el autor liga a dos cuestiones. De un lado, la desinformación, la mentira y la propaganda que los medios de comunicación suelen aportar, en concreto la televisión. De otro, en la pérdida del sentido cívico, legitimando la búsqueda, a toda costa, del interés privado, en actitud alentada (y realizada) desde los propios poderes públicos (p. 73 y ss.).

La tercera causa está íntimamente ligada a lo anterior. Con un panorama como el descrito, la crisis de la participación política es palpable. Sobre todo, por la creciente distancia entre los partidos políticos y la sociedad (¿quién no recuerda en España que, según encuesta del CIS, los españoles cifran como tercer problema a nivel nacional a la propia clase política?). Ante un interés general diluido; ante una personalización brutal del poder político; ante una sociedad civil anestesiada, ¿quién sostiene el sistema? Según el jurista italiano, tanto la democracia constitucional como la Constitución italiana resisten sobre todo gracias a la efectividad de la separación de poderes. O lo que es lo mismo: gracias a la independencia tanto de los jueces ordinarios como de la jurisdicción constitucional (p. 79).

Concluye tales líneas con una observación sugerente. Siendo la cuarta causa la manipulación de la información y la decadencia de la moral pública, no sólo se estaría quebrando la propia democracia como sistema, sino determinados derechos individuales. Tratar sesgadamente los asuntos políticos afectaría al derecho a no ser desinformado (es decir, a la libertad de conciencia y de pensamiento); también al derecho, como consumidores que somos los ciudadanos, a no recibir “mercancía averiada”, siendo además un claro condicionante al derecho de voto: si este presupone una opinión pública formada, madura y responsable, tales circunstancias impedirían la creación de la misma (p. 79 y ss.).

Se llega así al fin del diagnóstico y al momento de los pronósticos. El cuarto capítulo estudia los posibles remedios que ante tal panorama cabe alegar. Inevitablemente, si cuatro son las causas de los desajustes, cuatro serán las eventuales soluciones, a adoptar en una necesaria y futura fase de reconstrucción después de la “aventura berlusconiana” (p. 84).

La primera consiste en seguir el método electoral proporcional. Intentando que el sistema vuelva a ser representativo, Ferrajoli defiende el propio

sistema parlamentario y el pluralismo político. Así se lucharía contra el bipartidismo y la “borrachera mayoritaria” que viene dándose en los últimos 20 años en la política italiana (p. 87).

La segunda la cifra en regular de forma más severa el sistema de incompatibilidades, fundamentalmente en tres sectores: entre funciones públicas y grandes intereses privados; entre cargos orgánicos dentro del partido y cargos públicos electivos; y, finalmente, reformulando la tradicional separación de poderes de Montesquieu, donde ahora se distinguirían funciones e instituciones de gobierno (respondiendo a la idea de representatividad política), y funciones e instituciones de garantía (que, respondiendo a la idea de universalidad de los derechos fundamentales, ya no sería ejercida por un ejecutivo omnipo-tente bajo la etiqueta de la “administración pública”).

Escribe después que debería mejorarse la democracia interna en los partidos, quizás con leyes en ese sentido, ante la insuficiencia de la autorregulación estatutaria (p. 98). También dedica algunas líneas a las posibles salidas de abrir formas directas de participación política ciudadana, pero no deja de ser realista: la cerrazón de las instituciones políticas así como la impermeabilidad partidaria puede que sean las auténticas aristas a limar (p. 99).

Por último, aporta algunas pistas sobre qué podría hacerse en materia de libertad de información y cómo garantizar la independencia a la hora de producirla. Recordando la deseable incompatibilidad entre funciones políticas y grandes intereses privados, aboga por la prohibición legal de concentrar varias cabeceras en las mismas manos propietarias, debiendo someterse éstas a ciertas reglas y límites. Centrándose en la prensa, observa con buenos ojos la adopción de un estatuto jurídico de los periodistas y lectores en aras de garantizar los derechos de ambos; también hace mención a la no privatización de la televisión pública, sin permitir oligopolios privados ni privilegiar monopolios estatales, amén de eliminar la publicidad en la misma, como meca-nismo que podría aumentar las cotas de imparcialidad a la hora de informar, así como someter las actuaciones de ésta a órganos independientes de todo poder gubernamental (p. 100 y ss).

Cierra el ensayo una conclusión que se interroga por el futuro de la democracia constitucional, después de los muchos ataques a los que se ve (y ha visto) sometida. Tendrá esta cierto porvenir si, al menos para el caso italiano, se opta por abandonar una política de máximos a la hora de reformar la Carta Magna, optando por aplicar el bisturí para ponerla a salvo de nuevos golpes de mano mayoritarios; es decir, para reforzar la rigidez de la misma (p. 108). Necesariamente debe ir acompañada de una (promoción de la) cultura constitucional anclada en los valores que parecen hoy perdidos –cuanto menos, distraídos–; de una conciencia del sistema democrático como un débil equilibrio entre poderes; y, finalmente, de un sistema eficaz de garantías que acerque el *ser* y el *deber ser* constitucional.

Restan por exponer dos reflexiones, que sin duda no hacen justicia al trabajo del profesor Ferrajoli. La primera es que leer este ensayo es imprescin-

dible si se quieren detectar algunos problemas que anidan hoy en nuestras democracias y reflexionar sobre cómo solventarlos. La segunda proviene de conjugar lo que se nos dice en las páginas noticiadas con la realidad de nuestro país, y reviste forma de pregunta: ¿existirá en España una crisis tan profunda y arraigada como en Italia parece tener lugar según el autor? ¿Está (tan) dañada nuestra democracia constitucional?

Ignacio Álvarez Rodríguez (Universidad de Valladolid)

VV.AA: Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 391 pp.

Desde la aceptación del carácter vinculante de la Constitución se debate en torno a la conveniencia y necesidad de contar con un sistema de justicia constitucional que garantice que el Parlamento no se aparta de la voluntad constituyente. La discusión se articula en torno a una cuestión fundamental: la legitimidad de la justicia constitucional, al producirse el control del representante de los ciudadanos por un órgano que carece de legitimidad democrática directa.

En los últimos años, este debate ha recuperado entre nosotros toda su actualidad. El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), sometido a una profunda presión política y mediática, ha visto como la tensión producida en la arena política se trasladaba a su sede para ser resuelta. La polémica suscitada en torno al Estatuto de Autonomía para Cataluña, así como los desencuentros en materia de aborto o de matrimonio entre personas del mismo sexo han terminado residenciándose ante el órgano de justicia constitucional. A ello cabe añadir los problemas para su renovación, que han provocado que desde distintos foros se discutiera su legitimidad, dificultando enormemente el correcto desempeño de su función.

Con este telón de fondo, el análisis riguroso de la cuestión, más que conveniente resulta imprescindible. La obra objeto de reseña constituye una magnífica oportunidad para reflexionar sobre los problemas que desde el punto de vista del principio democrático cabe oponer a la justicia constitucional.

El libro se divide en dos partes. La primera está compuesta por cuatro estudios dedicados al análisis de la inevitable tensión entre la justicia constitucional y la democracia. Estudios que abordan la misma problemática desde ángulos diversos y a su vez, complementarios. Abre la obra un trabajo magistral de Víctor Ferreres Comella, titulado “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”. En él se analizan algunos argumentos que oponer a la objeción contramayoritaria, centrándose el autor en tres temas estrechamente ligados a ella: las posibles vías para asegurar un control democrático sobre el TC; el control sobre las normas ratificadas en referéndum y los límites a las sentencias manipulativas.

El profesor Ferreres analiza el control democrático sobre el TC desde tres puntos de vista: a través del poder de reforma, del legislador ordinario y del nombramiento de sus magistrados. De esta manera, se nos avanza cómo el coste democrático que inevitablemente supone optar por un sistema de control de constitucionalidad de la ley se puede ver en cierta medida compensado por algún grado de control democrático sobre el máximo intérprete de la Constitución.

Este control se efectúa, para empezar, porque el TC desempeña su función siempre y cuando la Constitución así lo establezca. Nada impide que se someta a reforma para modificar su posición si se considera que la objeción democrática hace insopportable su funcionamiento. Asimismo, también el legislador democrático puede obligar al Tribunal a repensar su doctrina si persiste en interpretaciones que se han considerado contrarias a la Constitución. La aprobación de una norma contraria a la doctrina del juez constitucional obliga a volver a debatir sobre la misma, abriendo un diálogo que puede llevar al TC a ofrecer una interpretación alternativa. Por último, no cabe duda de que un sistema de control democrático sobre el nombramiento de los magistrados del TC permitiría paliar en alguna medida el déficit democrático de la institución. La relevancia de esta cuestión se hace patente en sistemas como el nuestro, en el que el nombramiento de los magistrados se ha convertido en motivo de lucha política, retrasándose en ocasiones la renovación durante años. La opción por un mandato indefinido, previa reforma constitucional, podría, según el autor, paliar algunos de los problemas que a este respecto se presentan.

La cuestión relativa a la relevancia de la participación directa de los ciudadanos en referéndum en la articulación del control de constitucionalidad resulta del máximo interés, habida cuenta del debate suscitado con motivo del pronunciamiento sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Tras afirmar que este dato no puede excepcionar lo que establece la LOTC de manera palmaria, esto es, el control de constitucionalidad de los Estatutos, el autor analiza si la ratificación popular debería traducirse en un mayor grado de deferencia hacia la norma, acentuando la presunción de constitucionalidad. Para ello, habría que distinguir aquellos casos en los que la norma objeto de examen resulta competente para regular la materia correspondiente, en cuyo caso, la participación popular podría suponer un reforzamiento de la presunción de constitucionalidad de la ley, de los casos en que la norma se extralimita, regulando materias para las que no es competente. En este caso, la participación popular no debería traducirse en una mayor deferencia hacia el legislador.

Por último, se ofrecen unas interesantes observaciones acerca de las sentencias manipulativas y de los límites a las que las mismas se deben someter para resultar soportables desde el punto de vista democrático. También este caso resulta de especial actualidad debido a la sentencia del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

De sumo interés resulta el análisis que el profesor Garrorena Morales efectúa en su trabajo “El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978”. En el mismo, tras exponer los motivos por los que antes de 1931 no resultaba posible plantearse la existencia de un sistema de justicia constitucional, se estudian los términos del debate en ambos momentos.

El autor nos acerca a las dudas que la justicia constitucional suscitaba en la época y que explican que la garantía no se incluyera en el proyecto inicial de Constitución republicana. Sólo por una serie de avatares, que encontramos

relatados en el magnífico trabajo del profesor Garrorena, acabó encomendándose el control del legislador democrático al Tribunal de Garantías Constitucionales. A pesar del tiempo transcurrido, los recelos a la garantía constitucional se amparan en motivos que hoy resultan igualmente válidos.

En contraste con lo sucedido en la Segunda República, el constituyente de 1978 tuvo muy clara la opción por la justicia constitucional, incluyéndola en el proyecto de Constitución sin que suscitara mayor debate. También el legislador ordinario optó de manera decidida por esta garantía, ampliando sus competencias al elaborar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Llama la atención como un debate que parecía superado se ha visto reavivado en los últimos años, por los acontecimientos ya mencionados de supervisión del Estatuto de Autonomía para Cataluña y los problemas en la renovación de los magistrados del Tribunal. Por ello, el análisis del profesor Garrorena, a pesar de centrar la cuestión en los momentos constituyentes referidos, resulta de enorme interés para afrontar los problemas del garante constitucional hoy.

Otro enfoque del problema nos ofrece la interesante aportación del profesor Hierro Sánchez-Pescador, “Derechos, democracia y justicia constitucional”, que aborda el estudio de la tensión entre la jurisdicción constitucional y la democracia desde la perspectiva de los derechos.

Para defender el modelo de democracia constitucional desde este punto de vista, relata el autor, se exponen tres argumentos: a) que las restricciones que entraña un modelo de justicia constitucional son necesarias para garantizar los derechos de todos; b) que son necesarias para garantizar los derechos de algunos; c) que son necesarias para garantizar algunos derechos. Se trataría, como nos explica el autor, de proteger los derechos de todos, los derechos de algunos o algunos derechos frente a eventuales decisiones de la mayoría. Se añade además un cuarto argumento: la rigidez de la Constitución y el control de constitucionalidad son condición y consecuencia necesaria del carácter normativo de la Constitución, por lo que el reconocimiento de ese carácter normativo implica necesariamente la limitación de la capacidad legislativa de la mayoría parlamentaria.

Frente a estos argumentos, la objeción contramayoritaria ofrece a su vez una réplica desde el punto de vista democrático, formulando lo que se ha dado en llamar el “constitucionalismo débil”, que se caracterizaría por un sistema de control judicial de las leyes, algún grado de rigidez constitucional, un principio de auto-restricción judicial que se deriva de la presunción de constitucionalidad de las leyes y la instrumentación de algún mecanismo que, en caso de desacuerdo, haga posible que la última palabra le corresponda a la mayoría democrática.

Para el autor, sería conveniente aprovechar una eventual reforma de la Constitución para modificar el artículo 168 CE e incluir así alguna de esas opciones, aún cuando la mejor opción a día de hoy es recordar que donde la

Constitución admite cualquier margen de interpretación, “cualquier alternativa racional es constitucional”.

Esta primera parte de la obra se cierra con un trabajo del profesor Poiares Maduro, “*Passion and Reason in European Integration*”. Con un título tan sugerente, el autor argumenta cómo la integración europea permite profundizar en la democratización de los distintos Estados que conforman la Unión Europea.

Para el profesor Poiares, el proceso de integración europea es un proceso para la racionalización de las democracias nacionales. El Derecho de la Unión Europea sería así un instrumento para su constitucionalización, influyendo en la razón de la democracia nacional, mejorándola.

El autor se pregunta además por el origen de la tradicional queja de déficit democrático de la Unión Europea y por la crisis que en los últimos años aqueja al constitucionalismo europeo, incrementada considerablemente con la ampliación, que profundiza en la diversidad económica, social y política de la Unión.

No cabe duda de que en el contexto actual, la Unión Europea se enfrenta con importantes desafíos constitucionales, que brindan la oportunidad de redefinir el proyecto europeo para hacerles frente. Según el profesor Poiares el primer desafío surge, por un lado, de la tensión creciente entre el impacto político de la Unión Europea y las expectativas que crea entre los ciudadanos y por otro, de las políticas que realmente puede adoptar en función de sus competencias. El segundo desafío deriva del aumento del carácter mayoritario de la Unión Europea, tanto en lo relativo al sistema mayoritario en la toma de decisiones como en la ampliación de la representación proporcional de su población. En tercer lugar, la tensión entre el constitucionalismo normativo y el protagonismo que las relaciones intergubernamentales adquieren en la toma de decisiones en el seno de la Unión. Se acepta de manera mayoritaria que la UE ha creado un sistema constitucional de derecho pero las relaciones intergubernamentales siguen teniendo un protagonismo fundamental. El cuarto desafío a que se enfrenta la Unión Europea vendría constituido por la definición de sus fronteras. La ampliación es un exponente claro de la filosofía de integración que ha inspirado la Unión pero al mismo tiempo supone una amenaza a ese mismo proceso.

En definitiva, para el profesor Poiares, los actuales retos a los que se enfrenta la UE la colocan en una situación de crisis existencial. Habría que reajustar las políticas o las expectativas que crean y redefinir los objetivos políticos de la Unión, creando así las condiciones adecuadas para garantizar la confianza, tanto a nivel nacional como europeo y para alcanzar una comunicación sustantiva con los ciudadanos. Asimismo, resulta imprescindible promover una idea de comunidad entre los ciudadanos europeos. Solo así, defiende el autor, conseguiremos la dosis necesaria de pasión en la razón de la integración europea.

La segunda parte de la obra constituye una crónica de jurisprudencia constitucional del período comprendido entre agosto de 2009 y julio de 2010. Contiene cuatro trabajos, centrados tres de ellos en los derechos fundamentales y el último en el control de constitucionalidad de la ley.

El primer trabajo, de Itziar Gómez Fernández, nos expone de manera clasificadora la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales sustantivos. Sabemos así que en el período comprendido en el estudio se han dictado más de una veintena de sentencias que resuelven demandas de amparo en la cuales se invocan el principio de igualdad (art. 14 CE), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), las libertades de expresión e información (art. 20 CE), el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.2 CE), el principio de legalidad sancionadora (art. 25 CE) y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

En segundo lugar, Francisco Moya Hurtado de Mendoza nos ofrece una interesante crónica sobre la jurisprudencia relativa al derecho a la tutela judicial efectiva. En total, cuarenta sentencias en las que el Tribunal aplica la doctrina existente. El autor destaca la STC 43/2010, de 26 de julio, sobre el incidente de nulidad de actuaciones y el papel de los tribunales ordinarios como garantes de los derechos fundamentales tras la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007. Asimismo, se recogen pronunciamientos que aluden a la admisibilidad de la demanda de amparo.

La jurisprudencia relativa a las garantías constitucionales del proceso es analizada por Pablo Colomina Cerezo. En un trabajo de gran utilidad se analizan el derecho a juez ordinario predeterminado por la Ley, el derecho a la defensa, a la asistencia letrada, el principio acusatorio, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

En último lugar, Luis Arroyo Jiménez y Eva Nieto Garrido nos relatan muy bien la crónica de las resoluciones del Tribunal Constitucional recaídas en los procesos de control de constitucionalidad de la ley. Dado que en el período objeto de análisis se comprende la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la referencia minuciosa a la misma ocupa una parte importante de la crónica, abordando su estudio de una manera sistemática y muy clara. Asimismo se incluyen en la crónica referencias al resto de sentencias de Pleno, que analizan preceptos del Código Penal y a las sentencias de Sala. Finalmente, se incluye una referencia a diversos Autos dictados en relación con cuestiones procesales tales como la admisión a trámite o la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Esperanza Gómez Corona
Universidad de Sevilla

ARNULL, Anthony; BARNARD, Catherine; DOUGAN, Michael y SPAVENTA, Eleanor: *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2011, 634 pp.

El libro recoge una colección de ensayos en homenaje de Alan Dashwood, Profesor emérito de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Cambridge y coautor de uno de los tratados más importantes de esta asignatura (*Wyatt and Dashwood's European Union Law*). El Profesor Dashwood ha ocupado, entre otros cargos, la dirección de los servicios jurídicos del Consejo y ha sido editor de las revistas *European Law Review* y *Common Market Law Review*. Apuntamos esta breve reseña bibliográfica, seguramente innecesaria, simplemente para destacar la participación en el libro de un amplio elenco de profesores y juristas prácticos. Las contribuciones son de desigual calidad y abordan problemas de muy distinta índole –constitucional, procesal, laboral, mercantil, administrativa e internacional– formando una conmixinión que refleja la naturaleza híbrida del Derecho comunitario.

El título del libro se inspira en una definición de la Unión Europea acuñada por el Profesor Dashwood (*Reviewing Maastricht*, 1996). La expresión “orden (o sistema) constitucional de Estados” trata de capturar el carácter único de la Unión Europea, que resulta difícil de encasillar dentro de categorías más tradicionales de organización internacional, confederación de Estados o Estado federal. También refleja la tensión en el proceso europeo de integración entre la supranacionalidad y la lógica intergubernamental.

El capítulo que abre el libro (Derrick Wyatt: *Is the European Union an Organisation of Limited Powers?*) muestra claramente la trascendencia constitucional de una parte de los trabajos incluidos en el libro. Wyatt analiza el progresivo crecimiento del alcance de las competencias legislativas atribuidas a la Unión Europea, no solo a través de la reforma de los tratados constitutivos, sino también mediante una interpretación amplia de las disposiciones de los tratados. Según Wyatt, el Parlamento y la Comisión han ejercido sus poderes de forma expansiva y el Tribunal de Justicia no ha aplicado de forma estricta los límites a las competencias previstos en los tratados. El autor considera que existe un exceso de centralización en las instituciones comunitarias del ejercicio del poder legislativo y se plantea si las facultades que el Tratado de Lisboa atribuye a los parlamentos nacionales para controlar la subsidiariedad servirán para revitalizar este principio.

Otro capítulo que aborda cuestiones de interés general es el firmado por Jean-Claude Piris sobre el Tratado de Lisboa (*Where Will the Lisbon Treaty Lead Us?*) Este trabajo intenta responder a cuatro preguntas sobre el Tratado de Lisboa: a) ¿el Tratado de Lisboa lleva a la práctica las principales reformas que trataba de alcanzar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa?; b) ¿cuáles son las diferencias entre el Tratado de Lisboa y la nonata Constitución Europea?; c) ¿supone el Tratado de Lisboa un avance hacia la federalización de la Unión Europea?; y d) ¿el Tratado de Lisboa re-

suelven los desequilibrios de poder que afectan a la Unión Europea? Creo que el análisis de Piris resulta especialmente interesante respecto de esta última cuestión. El trabajo destaca la asimetría que existe, por ejemplo, entre los avances en la unión monetaria y la ausencia de una unión económica. También considera necesario que la Unión Europea avance en la armonización de la legislación fiscal y laboral o en la coordinación de las operaciones militares. Piris destaca cómo el Tratado de Lisboa introduce algunas novedades –el incremento de los poderes del Parlamento Europeo, la participación de los ciudadanos en la iniciativa legislativa de la Comisión y la participación de los parlamentos nacionales en el proceso decisivo– que inciden en el problema del equilibrio entre la legitimidad democrática y el ejercicio real del poder. El autor se muestra cauto y cree necesario aguardar a la aplicación del Tratado de Lisboa antes de extraer conclusiones sobre sus logros.

Ingolf Pernice se pregunta por el futuro de la Unión Europea y sobre si ésta necesita una Constitución (*Does Europe Need a Constitution? Achievements and Challenges After Lisbon*). El autor revisa el debate académico sobre el concepto de Constitución y sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea para proponer a continuación unas directrices acerca de cómo debería organizarse en el futuro la redacción de una Constitución europea.

Otros capítulos que abordan cuestiones directamente relacionadas con el Derecho Constitucional son los relativos a la posición dentro de la Unión Europea de las entidades regionales y locales (David Edward y Joxerramón Benoitxoa: *The Status and Rights of Sub-state Entities in the Constitutional Order of the European Union*), la función del Tribunal de Justicia como tribunal de conflictos (Eleanor Sharpston y Geert De Baere: *The Court of Justice as a Constitutional Adjudicator*), las relaciones entre los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo (Christiann Timmermans: *The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*), la naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho de la Unión Europea (Koen Lenaerts y José A. Gutiérrez-Fons: *The Role of General Principles of EU Law*) o la eficacia de los derechos fundamentales (Eleanor Spaventa: *The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law* y Michael Dougan: *In Defence of Mangold?*).

En otras contribuciones se analizan problemas más concretos, pero que también tienen relevancia constitucional. Para quienes investigamos –por ejemplo– en el campo de los derechos y libertades económicas, resulta interesante el trabajo sobre la utilización por el Tribunal de Justicia de este tipo de derechos fundamentales como parámetro de control de reglamentos y directivas comunitarias (Albertina Albors-Llorens: *Edging Toward Closer Scrutiny? The Court of Justice and Its Review of the Compatibility of General Measures with the Protection of Economic Rights and Freedoms*).

La interrelación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Constitucional está, una vez más, de actualidad como consecuencia del planteamiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional de su primera cuestión

prejudicial ante el Tribunal de Justicia (ATC 86/2011 de 9 junio). El Pleno del Tribunal Constitucional considera que la interpretación del marco normativo de la Unión Europea sobre las órdenes europeas de detención y entrega es un elemento clave en la resolución de un recurso de amparo presentado por un ciudadano italiano frente a su entrega a las autoridades de ese país por una supuesta vulneración del artículo 24.2 de la Constitución española (un caso de condena en ausencia). Estas novedades subrayan el interés de los trabajos, como el que reseñamos, fronterizos entre el Derecho Constitucional y el Derecho de la Unión Europea.

Ignacio García Vitoria
Universidad Complutense de Madrid

Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, 278 pp.

I. Existen, hasta el momento, salvo error u omisión, solamente dos monografías más sobre el tema, por cierto excelentes, una de un filósofo del Derecho (Andrés Ollero Tassara: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEPC, Madrid, 2005) y otra de dos laboralistas (Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986).

Por esta razón, creo que el libro publicado por el profesor Cabañas, insigne procesalista y veterano Letrado del Tribunal Constitucional, era necesario. El primer procesalista que aborda el tema en una monografía de forma sistemática y acabada, es por tanto, el profesor Cabañas. Debe subrayarse que lo hace de forma sistemática y acabada. En efecto, dicen que Spinoza intentó demostrar la ética como si fuera geometría. Personalmente, desconfío de la traslación al Derecho y a las Humanidades de los métodos de otras ciencias, pero reconozco que el edificio que construye en este libro nuestro autor evoca el rigor, el carácter omnicomprendible y la belleza de la geometría.

Pero es que además, hay que subrayar que este es un tema en el que precisamente deben colaborar los procesalistas, pues son en gran medida razones de Derecho procesal las que han conducido a que la igualdad en la aplicación de la ley juegue el papel que juega en la actualidad entre nosotros.

II. El libro está estructurado en tres capítulos. El primero se dedica a la delimitación del contenido esencial del derecho. El segundo se dedica a los elementos del juicio de igualdad y su control. El tercero, a los mecanismos para la protección del derecho. Siendo, como es, muy sugerente, son muchos los puntos que podrían tratarse. Sin embargo, en esta recensión, me voy a referir aquellos que más me han llamado la atención desde el punto de vista del Derecho constitucional. Así, del capítulo primero, me voy a detener en tres puntos: las propuestas formuladas sobre el contenido esencial del derecho; el debate sobre el enclave formal del derecho; y la distinción entre igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley.

1. Comienza el profesor Cabañas explicando que el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley es un derecho fundamental que ha creado nuestro Tribunal Constitucional a partir del artículo 14 CE y que en ese proceso creador ha conocido varias formulaciones.

Por una parte, existe la versión mayoritaria, la que aparece en más sentencias, la predominante, la más conocida, que es la que lo concibe como derecho a la obtención de una tutela judicial acorde con criterios de decisión ya asumidos antes por el mismo órgano judicial. El recurrente en amparo que invoque este derecho habrá de aportar las sentencias anteriores del mismo órgano judicial con las que realizar la comparación o sentencias de contraste, que deben referirse a sujetos distintos (alteridad), deben proceder de idéntico

órgano judicial (hasta el nivel de Sección) y además, debe faltar en la sentencia impugnada cualquier motivación que justifique cambio de criterio.

Pero junto a esta versión del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, nuestro Tribunal ha formulado otras, principalmente otra, diseñada en la STC 144/1988 y concordantes, conforme a la cual el contenido de tal derecho sería la prohibición de una tutela judicial basada en alguna de las desigualdades expresamente proscritas por la Constitución en su artículo 14. El autor señala que esa línea nunca ha sido cerrada y además trae a colación trabajos de autores que auspician su potenciación, en particular los de Mercader Uguina, “El imposible derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley en la doctrina constitucional”, en *El Proceso laboral. Estudios en Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil (AAVV)*; editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, página 634, y Rubio Llorente, “La igualdad en la aplicación de la ley”, en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 1, La vinculación del juez a la ley, Madrid, 1997 página 156.

2. Es interesante aludir, en segundo lugar, a un punto en que el autor discrepa de la opción seguida en la mayoría de las sentencias del Tribunal. Me refiero a la cuestión del enclave del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley tal y como lo configura la mayoría de las sentencias del Tribunal. Hay que subrayar esta última condición, pues el autor reconoce que si el contenido del derecho fuera el de la STC se 144/1988, su ubicación sería el art. 14 CE.

Hay que señalar ante todo es que la ubicación en el artículo 14 o en el 24, ambos CE, no es sólo una cuestión teórica, sino que condiciona la vía judicial previa al amparo ante el Tribunal Constitucional. En efecto, en función de que se considere infracción sustantiva o procesal, su control en sede de recursos extraordinarios puede ser distinto según el orden jurisdiccional donde nos hallemos (así, casación o bien recurso extraordinario por infracción procesal en el ámbito civil).

Pues bien, el autor, como en todos los puntos que aborda lo largo del libro, comienza sistematizando las diversas respuestas que ha dado el Tribunal a la cuestión: en la mayoría de los casos encuadra el Tribunal este derecho en el arte 14 CE; si falta la alteridad, incardina el caso en el art. 24.1 CE; y existen casos en que, sin explicación del por qué, el Tribunal considera que cabe incardinir el derecho en cuestión en cualquiera de los dos preceptos que se plantean como posibles: el 14 y el 24.1, ambos CE.

En este punto nuestro autor, escrupulosamente respetuoso a lo largo de todo el libro con el Tribunal, se permite manifestar su discrepancia: tal y como lo interpreta la mayoría de los sentencias del Tribunal Constitucional, sostiene Cabañas, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, es una variante patológica del correcto enjuiciamiento judicial, que por tanto encuentra su encaje más apropiado en el arte 24.1 CE.

3. La afirmación de este enclave constitucional para el derecho en la aplicación judicial de la ley hace necesaria la distinción entre este derecho y el

derecho a la igualdad ante la ley del arte 14 CE, así como del valor de la igualdad del art. 9.2 CE, lo que el autor hace con precisión a continuación en las páginas 51 y siguientes.

Señala nuestro autor que el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, tal como lo formulan la mayoría de las sentencias del Tribunal, es distinto de la igualdad ante la ley (que identifica con la igualdad en la ley, aún sabedor de que la cuestión no es específica) y que el propio Tribunal en muchas sentencias los distingue haciendo alusión a que esta última se desarrolla en el ámbito material, mientras que la primera se desarrolla en el ámbito formal.

Continúa su análisis señalando e ilustrando que la confusión entre ambas sí se produce en la jurisdicción ordinaria.

4. Dentro de las cuestiones tratadas en el capítulo segundo vamos a detenernos en tres. el problema de la exigencia de que sea la misma Sección la que el dictado las sentencias de contraste; el juicio de contraste, es decir la similitud de casos y disparidad de soluciones jurídicas y las modalidades aceptadas del precedente.

Nuestro autor no deja flecos.

Así por ejemplo, afronta el problema que plantea la exigencia de la doctrina del Tribunal (con la excepción de la relativa de la STC 339/2006, de 11 diciembre, FJ 5, al que se refiere) conforme a la cual para estimar la vulneración del derecho en la aplicación judicial de la ley es necesario que las sentencias de contraste procedan incluso de la misma Sección (páginas 78 y ss.).

Y aquí hace un alarde de su formación como jurista y procesalista pues no critica el fenómeno porque de esta manera el derecho quede reducido a muy poco, sino que explica y puntualiza que tal exigencia descansa en un error de apreciación del significado de la autonomía de las secciones, que es meramente orgánica, pero que no implica especialización: la diversificación de sus competencias materiales queda confiada a los acuerdos de sus Salas de gobierno acerca del reparto de asuntos, los cuales se guían generalmente por criterios objetivos pero coyunturales de mera necesidad del servicio, volumen pendiente y repetición de causas; en definitiva, criterios cambiantes y no estructurales. Además, la diversificación *ab initio* no garantiza muchas veces nada, pues por mandato gubernativo pueden existir dos o más secciones dedicadas a temas comunes.

En suma, la especialización sólo adquiere relevancia material cuando se distingue entre Salas.

5. Otro punto a destacar en el estudio es el análisis del juicio de contraste: la similitud de casos y disparidades soluciones jurídicas (páginas 87 y ss.). ¿Cómo determinar el grado de semejanza necesaria entre supuestos controvertidos para fundar el debido *tertium comparationis*?

El autor nos dice que nuestro Tribunal Constitucional habla de identidad “sustancial”, en caso de línea jurisprudencial, mientras que en caso del precedente aislado pero cercano en el tiempo parece preferir la expresión “antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva

jurídica con la que se enjuició". Pero de estas diferentes expresiones no hay que extraer consecuencias jurídicas tal y como propone nuestro autor.

Aunque el Tribunal no defina qué es lo "sustancial" o lo "exactamente igual", Cabañas nos ofrece un elenco de datos diferenciadores que no podemos exponer aquí, que, fundándose en la jurisprudencia del Tribunal impiden la concurrencia de igualdad sustancial o de identidad:

6. Completamente exhaustivo y comprometido es el análisis que se ofrece en la monografía de otra difícil cuestión en la configuración de este derecho fundamental: la de las modalidades aceptadas del precedente (pp. 106 y ss.). El análisis es exhaustivo porque, hasta donde se nos alcanza, no se echa de menos ninguna resolución relevante en el tema; y es comprometido por ofrecer un criterio para interpretar los titubeos del Tribunal en el tema.

Comienza el libro la exposición señalando que el criterio consolidado del Tribunal es la exigencia de una línea interpretativa del órgano judicial contraria a la resolución impugnada. Es decir, que no bastaría para acreditar la vulneración de este derecho una sola sentencia distinta de contraste. Continúa trayendo a colación las sentencias en que el Tribunal ha considerado que se vulnera el derecho a la tutela judicial en la aplicación de la ley también cuando hay un solo precedente contrario pero cercano en el tiempo; incluye, por supuesto, los casos en que el Tribunal ha otorgado amparo por la existencia de precedente cercano en el tiempo y aislado pero con base en el arte 24.1 CE, no en el 14 CE; y finalmente incluye casos en que se percibe un relativo "arrepentimiento" del Tribunal por haber aceptado precedentes aislados y cercanos como sentencias de contraste válidas para otorgar amparo.

Pero el Profesor Cabañas no se limita a registrar titubeos en el comportamiento del Tribunal, sino que ofrecer su criterio interpretativo fundado de este laberinto de resoluciones: "todavía más recientemente, dice, el Tribunal vuelve a aceptar la tesis del precedente aislado no sólo a los efectos de recordar su doctrina sino de estimar el amparo con base en él (STC 31/2008, de 25 febrero, FJ 3); por lo que aquellas abjuración es a la figura del precedente aislado han de tomarse todavía como excepcionales y no indicativas de un cambio de la jurisprudencia" (página 118).

7. No nos queda espacio para comentar todos los aspectos que queríamos. Decíamos que el trabajo no deja flecos que se nos alcancen. Buena prueba de ello es el análisis que se hace de la sentencia estimatoria del amparo (pp. 180 y ss.), único punto del capítulo tercero al que vamos a referirnos porque es el que más directamente nos concierne, sin perjuicio de advertir el ímpetu y sobresaliente esfuerzo realizado en la monografía para el examen pormenorizado y sistemático que se lleva a cabo de la jurisprudencia de las distintas Salas del Tribunal Supremo en relación con la correcta –y a veces también imprecisa– aplicación de este derecho fundamental.

Comienza, en lo que vamos a recalcar, señalando el autor que la sentencia de amparo no debe quedar constreñida en función de las pretensiones deducidas en la demanda y que las medidas que se revelan como imprescindibles

y naturales para la reparación del derecho vulnerado deben ser impuestas por el Tribunal Constitucional al margen de la destreza del recurrente.

Continúa diciendo que, en el derecho que nos ocupa, la sentencia estimatoria habrá de incluir los tres tipos de pronunciamientos que prevé el art. 55 LOTC: declaración de nulidad de la resolución o resoluciones vulneradoras; reconocimiento del derecho fundamental vulnerado y medidas para el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho.

A continuación pasa a justificar por qué, en su criterio, la sentencia no debe limitarse a acordar la retroacción de actuaciones.

Para ello, previamente examina las fórmulas empleadas por nuestro Tribunal Constitucional para la reparación efectiva del derecho, que clasifica de manera acabada.

No acaba aquí el concienzudo análisis de la práctica judicial. El autor ha seguido la pista a aquellos asuntos en los que la respuesta de la jurisdicción ordinaria en vía ejecutoria es posible por su publicidad. En este sentido, analiza qué ha hecho el Tribunal Supremo en los casos del fallo clásico del Tribunal Constitucional que no predetermina la solución a adoptar y constata que el Tribunal Supremo unas veces ha aceptado sin más que había que volver al criterio precedente, en alguna otra ocasión ha mantenido el criterio de la resolución recurrida, si bien proporcionando la correspondiente motivación, otras ha defendido tenuemente el criterio de la recurrida pero resuelve que en ese caso es mejor volver al criterio de la precedente, otras ha dictado una nueva sentencia con el mismo fallo pero con una nueva forma de enjuiciar el asunto.

Como colofón de este notable esfuerzo, el autor ofrece el que debe ser el criterio correcto: la sentencia que otorgue el amparo debe imponer al órgano judicial que dicte una resolución acorde con su precedente, y ello por las siguientes razones:

- En caso contrario, la igualdad judicial se diluye y se vacía de contenido, pasando a transformarse en una expresión más de falta o defecto de motivación, lo que no es.

- Con ello el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre la legalidad del criterio precedente cuya aplicación se ordena, con lo que no invade competencias de la jurisdicción ordinaria.

Cierra su acabada argumentación el autor señalando que la única excepción que cabe conceder a este régimen de imposición directa del precedente no aplicado sería la de los casos en que el Tribunal Constitucional declare expresamente cometida la vulneración por una inadvertencia del órgano judicial sobre la preexistencia de dicho precedente.

III. El libro está escrito desde la posición de Letrado, y acaso por ello es escrupulosamente respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que expone de manera exhaustiva. Pero también ofrece un estudio acabado de la doctrina científica.

La lectura del libro es un placer intelectual y además un ejercicio saludable y formativo. La precisión terminológica es magnífica. La soltura con que en una breve cita o inciso resuelve problemas o fija criterio en cuestiones de primera magnitud resulta admirable. El libro muestra que el autor es capaz de hacer consideraciones de Derecho constitucional y descender a las más concretas cuestiones de legalidad ordinaria. Casi diría que muestra que para hacer cualquiera de esas dos cosas bien, hay que hacer también la otra.

Es un libro cuya lectura, estudio o consulta es altamente recomendable para el estudiante, para el abogado, para el profesor.

Diría que con este libro queda despejado, quizás, el camino para la regulación legal de este derecho de creación del Tribunal Constitucional.

Pedro J. Tenorio Sánchez
UNED

Rafael NAVARRO-VALLS y Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley*, Iustel, Madrid, 2011, 514 pp.

Con la obra que aquí se reseña, los profesores Navarro-Valls y Martínez-Torrón nos ofrecen, probablemente, el trabajo más amplio y mejor documentado que existe en nuestra literatura jurídica acerca de los conflictos que pueden suscitarse entre conciencia y ley. Lejos de sus pretensiones está la elaboración de una teoría general de la objeción de conciencia; por el contrario, abordan el tema desde una perspectiva tópica, centrada en la casuística. Esta metodología –tan habitual en el quehacer jurídico– es fruto del convencimiento de que, ante la heterogeneidad de los conflictos que se plantean y la variedad de soluciones que se proponen, una tesis general excesivamente dogmática, alejada del caso concreto, corre el riesgo de producir resultados injustos al ser aplicada. No se le oculta al lector, sin embargo, un principio rector de la obra, una indisimulada disposición de fondo de delicadeza y respeto hacia las conciencias. Se trata, en realidad, de una actitud necesaria en una sociedad pluralista, que no puede desconocer las convicciones sinceras de grandes y pequeñas minorías de diverso signo –ciudadanos en todo caso– que habitan en el interior de sus fronteras. Sin perjuicio de este principio general, los autores se resisten, como se ha indicado, a dar respuestas excesivamente generales: una aceptación global de la objeción, sin matiz alguno, conduciría efectivamente a la disolución del orden jurídico; mas tampoco es admisible la solución contraria, esto es, rechazar con carácter general la objeción bajo el pretexto de evitar una «tiranía de las conciencias». No cabría siquiera, como a veces se pretende, identificar «objeción» con «insumisión», porque la objeción no emana de un *mero infractor de la ley*, sino que presupone –y esto es decisivo– un *conflicto interior* hacia el cual la Constitución no permanece insensible (p. 33): al contrario, la conciencia moral de la persona es un bien iusfundamental protegido por el art. 16 CE. Vista de este modo, «la objeción de conciencia debe perder su trasfondo de ‘ilegalidad más o menos consentida’» (p. 59), y los problemas que se suscitan con ocasión de ella han de solventarse, al igual que otros casos de derechos fundamentales, a partir de un *balancing process* «que determine cuándo debe prevalecer la opción asumida en conciencia y cuándo han de primar otros intereses sociales que resulten afectados en esa concreta situación» (p. 61).

Sin llegar, como hemos dicho, a una teoría general de la objeción, los autores trazan algunos criterios orientadores para demarcar «las líneas de fuerza por las que podría transitar la garantía jurídica de la objeción de conciencia» (p. 67). En este punto es forzoso reconocer, no obstante, que *no están todos los que son*. Un criterio tan importante como el del «interés» tutelado por el deber objetado –que lleva a distinguir entre obligaciones *en interés del destinatario, en interés de terceros y en interés público*–, postulado por Raz en *The Authority of Law*, no figura entre los expuestos por los autores. No

obstante, el gran mérito del libro no es, como ya se ha dicho, lo que tiene de teoría general, sino el autorizado y vasto análisis jurisprudencial y legal.

Después de dos capítulos dedicados a las aludidas consideraciones generales, los autores entran de lleno en lo que califican como un auténtico *big bang* de objeciones de conciencia (p. 25). Demuestran aquí, valga la insistencia, un conocimiento extraordinario de la jurisprudencia y la legislación nacional, supranacional y comparada. Las decisiones comentadas no son conocidas sólo superficialmente, sino que se aprecia una verdadera indagación en las particularidades de cada caso y una gran atención a las opiniones discrepantes. El Capítulo Tercero abre el análisis de particulares conflictos con el examen de la objeción militar, reconocida amplísimamente en el Derecho comparado (pp. 96 y ss.). El art. 4.3.b) CEDH admite, sin embargo, la posibilidad de que no se reconozca este derecho, motivo por el que no existe un pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo que lo afirme. Al redactar estas líneas se haya aún pendiente de resolución en la Gran Sala el caso *Bayatyán c. Armenia*, sobre el que recayó una primera sentencia desestimatoria el 27 de octubre de 2009.

El siguiente Capítulo lo dedican los autores a la objeción fiscal al pago de la cuota impositiva destinada a actividades contrarias a la propia conciencia, v. gr. las actividades militares o el aborto. La objeción fiscal ha sido generalmente rechazada en países como Estados Unidos, Italia o España (ATC 71/1993, de 1 marzo), sobre el bien fundado argumento de las consecuencias funestas que tendría la exención al «deber de contribuir» del artículo 31 CE y, sobre todo, del principio de no afectación del impuesto. Es interesante el caso de Holanda, donde se acepta la objeción de los adeptos a las iglesias de origen menonita a las contribuciones de la Seguridad Social, si bien se les obliga a pagar la misma cantidad como impuesto sobre la renta (p. 115). En junio de 2005, fracasó una proposición de ley presentada por ERC que pretendía eximir de pagar la parte de la cuota equivalente al porcentaje del Presupuesto destinado a gastos militares para destinarla a otro tipo de organizaciones dedicadas al fomento de la paz y de la solidaridad (p. 117).

Un tercer campo analizado en el libro es el de la objeción de conciencia al aborto. Nuestro Tribunal Constitucional la ha situado al cobijo del artículo 16 CE en la STC 53/1985. Además, tanto la objeción a la cooperación directa como a la indirecta han sido ampliamente reconocidas en el Derecho comparado (Estados Unidos, Alemania, Francia, Bélgica, Dinamarca, etc.). En contraste con esta extendida *praxis*, el art. 19.2 de la LO 2/2010 reconoce el derecho, sin demasiadas precisiones, a «los profesionales sanitarios *directamente* implicados en la interrupción voluntaria del embarazo». Este inseguro reconocimiento es severamente criticado por los autores, así como el inciso legal que, en el mismo precepto, parece subordinar el derecho fundamental a la objeción a la efectividad del aborto, incluso en aquellos casos en que no concurran razones médicas. Son también objeto de estudio, posteriormente, otras objeciones *bioéticas*, v. gr., las que se pueden plantear en relación con

la clonación, la reproducción humana asistida, el diagnóstico prenatal con fines eugenésicos, la eutanasia y las llamadas objeciones farmacéuticas –referidas a la dispensa de fármacos cuyo uso o consumo puede ser razonablemente considerado como inmoral por el objetor. En relación con esto último, los autores refieren la difundida tendencia legislativa norteamericana al reconocimiento explícito, en diversos estados, de la objeción de conciencia a la expedición de fármacos de *emergency contraception* con posibles efectos abortivos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha negado, por el contrario, la relevancia de esta materia para los derechos del Convenio (Decisión *Pichon y Sajous c. Francia*, de 2 de octubre de 2001; *vid. pp. 176 y ss.*).

Abundan también las objeciones de conciencia a los tratamientos médicos, asunto bien conocido en nuestro país a raíz, sobre todo, de la STC 154/2002. El caso versaba sobre la responsabilidad criminal de unos padres que, por motivos de conciencia, se negaron a convencer a su hijo menor, a la postre fallecido, de que aceptase una transfusión de sangre. Objeciones como ésta –en las que entran en conflicto bienes jurídicos de extraordinaria importancia– requieren sumo cuidado en el análisis de los hechos, y son muy expresivas de lo difícil que es formular una teoría general de la objeción. En el caso aludido, teniendo en cuenta que lo que había en juego era una condena penal basada en una conducta insuficientemente tipificada, prevaleció –a mi modo de ver acertadamente– la libertad religiosa de los progenitores. No sucedió lo mismo –también justamente, desde mi punto de vista– ante la querella de unos padres contra un juez que autorizó la hemotransfusión forzosa a su hija en peligro de muerte (STS 26 de septiembre de 1978). No puede hablarse, pues, de una prevalencia *in abstracto* de uno de los bienes jurídicos, sino que ha de estarse a la concreta relación *sub examine*.

En el ámbito educativo, las objeciones de conciencia han sido también numerosas. Las ceremonias religiosas o de contenido ideológico en las escuelas han dado lugar a numerosos conflictos, desde los *flag salute cases* resueltos por la jurisprudencia norteamericana –la negativa de los Testigos de Jehová a participar del «saludo a la bandera» por motivos religiosos– pasando por las SSTEDH *Efstratiou y Valsamis*, de 18 de diciembre de 1996 –sanción de unos Testigos de Jehová por negarse a participar en ceremonias nacionales sobre la base de que se conmemoraba una guerra. En el examen de los casos aludidos, los autores se muestran críticos con la excesiva primacía que los Tribunales suelen darle al «deber cívico» frente a la conciencia individual que, como bien iusfundamental, forma parte del orden público y del civismo representado por el constitucionalismo liberal. Entienden que los Tribunales sobredimensionan en ocasiones las consecuencias reales que posee la inasistencia a estas ceremonias para la cohesión cívica, y desestiman, por el contrario, la dimensión igualmente cívica e institucional del respeto a las conciencias. En este mismo Capítulo se analizan otras cuestiones tan delicadas como el *home schooling*, aceptado en países como Estados Unidos (*cfr. especialmente, el casos Yoder*, de 1972, sobre el *home schooling* entre los *Amish*)

y rechazado, por el contrario, en otros como Alemania (*cfr.* ATCF de 31 mayo 2006) o el nuestro (art .9 LO 10/2002; *cfr.* STC 133/2010). Se trata de una cuestión problemática, en relación con la cual no cabe olvidar la *importancia del todo capital que en la educación tiene la convivencia social*.

Tampoco puede desconocerse, de todos modos, la *peligrosa tentación del adoctrinamiento*, en la que en ocasiones caen los poderes públicos. Es éste un problema tratado a continuación, en un extenso epígrafe sobre la «objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes» (pp. 248 y ss.). El asunto ha suscitado una gran tensión en nuestro país en los últimos años, a raíz de las objeciones masivas a la asignatura *Educación para la Ciudadanía*. Como es bien sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado que pueda probarse un «afán adoctrinador» (SSTS 340, 314 y 342/2009), aunque no parece desconocer el riesgo de que se den numerosas lesiones en su aplicación. Habría sido deseable –entienden los autores, con acierto en mi opinión– «poner el acento no en el fin pretendido sino en el efecto adoctrinador» (p. 291; la cursiva es mía). El problema no es abordado sólo, de todos modos, a la luz del caso español, sino que se hace un examen de fondo más amplio, atendiendo a la jurisprudencia comparada (Estados Unidos, Alemania, Canadá, Inglaterra, etc.) y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Un Capítulo específico –el más extenso de la obra– es dedicado al problema de la *libertad de conciencia y los símbolos religiosos*. Aquí, merece un estudio particular y amplio el problema del velo islámico, asunto de gran complejidad en el que, una vez más, resultaría excesivamente aventurado reducir a la unidad de tratamiento la variedad de conflictos que existen. Por una parte, los autores advierten que *no todos los velos son iguales*, pues nuestra cultura choca más virulentamente con el *burka* o con el *niqab* –donde sólo los ojos permanecen desvelados– que con el *hijab*, que deja al descubierto la forma ovalada del rostro. Tampoco son iguales todas las prohibiciones, ni en lo que respecta a su ámbito espacial ni, sobre todo, al interés tutelado. Aquí, la prohibición *en interés de la mujer*, al entrar en conflicto con la conciencia de ésta, corre el riesgo de caer en el paternalismo denunciado por Raz; la prohibición *en interés de la seguridad pública*, sin embargo, es fácilmente defendible en muchos casos.

Entre los conflictos que se han suscitado con ocasión de los símbolos religiosos, se encuentra muy vivo en nuestra mente el caso *Lautsi c. Italia*. Navarro-Valls y Martínez-Torrón formulan importantes objeciones a la Sentencia de la Sala (pp. 386-387), si bien la de la Gran Sala, del pasado 18 de marzo, fue posterior a la edición de libro. Los autores entienden que el primer pronunciamiento empleó el discurso de los derechos de un modo excesivamente expansivo. En Alemania, tras la polémica Sentencia que declaró inconstitucional la ley bávara que, sobre la base de las tradiciones locales, preveía la presencia del crucifijo (STCF 93, 1, de 16 de mayo de 1995), el Parlamento del *Land* lo mantuvo añadiendo –en cumplimiento de los requerimientos de la sentencia– un procedimiento para llegar a un acuerdo en caso de contro-

versias (*vid. art. 7.3 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen*). Aun sin compartir totalmente la solución final, entiendo que, en casos como éste, el compromiso político entre los legítimos intereses de la mayoría y la visión, también legítima, de las minorías, constituye una vía más acertada que la victoria definitiva a través de los derechos. Como expuso hace ya años en un magnífico libro la profesora Mary Ann Glendon –y como el itinerario mismo seguido por el caso *Lautsi* ha demostrado–, parece que este tipo de uso del lenguaje de los derechos «aumenta la posibilidad del conflicto e inhibe el tipo de diálogo crecientemente necesario en una sociedad pluralista» (GLENDON, M. A., *Rights talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991, pp. 44-45). Probablemente, lo que la señora *Lautsi* discutía era una cuestión de Derecho objetivo, esto es, propugnaba un modelo determinado de laicidad. No es sin embargo claro, y así parece corroborarlo la Sentencia de la Gran Sala del pasado 18 de marzo, que Estrasburgo hubiese de darle una respuesta estimatoria *desde los derechos humanos*, por encima de la diversidad de costumbres y tradiciones constitucionales europeas.

En el décimo Capítulo son objeto de estudio los conflictos de conciencia que en ocasiones se suscitan en las relaciones laborales. Conversos al judaísmo ortodoxo, a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, a la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová y a otros grupos minoritarios han objetado en numerosas ocasiones al trabajo en sábado. Los *sabbatarian cases*, abundantes en Estados Unidos, han dado lugar a una jurisprudencia cuyo punto de partida es el caso *Sherbert*, de 1963. En aquella ocasión, se le había negado el subsidio de desempleo a una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día que, al ampliarse el calendario laboral, fue despedida por negarse a trabajar en sábado. La Administración entendía que el abandono del trabajo, motivado por razones religiosas, no obedecía a una *causa justa*, idea que fue rechazada por el Tribunal Supremo (pp. 400 y ss.). Son numerosos los casos que se han planteado con posterioridad, sin que sea posible, una vez más, determinar la prevalencia absoluta de uno de los principios en conflicto. En España, la STC 19/1985, de 13 de febrero, dio la razón al empresario ante la conversión de una trabajadora a la Iglesia Adventista del Séptimo Día que no podía trabajar en sábado por motivos de conciencia. Los autores se muestran disconformes respecto a la falta de matiz de la Sentencia y a la escasa valoración de circunstancias tan relevantes como la posibilidad de un acomodo entre los intereses de una y otra parte (pp. 435-437). Ésta es la línea seguida, por lo demás, en Canadá, país modélico, según los autores, en la búsqueda de una «acomodación razonable» (*reasonable accommodation*) entre la conciencia del trabajador y los intereses del empresario, siempre que no le suponga a este último un «gravamen excesivo» (*undue hardship*) (*vid. pp. 412-419*).

El libro se cierra con dos capítulos dedicados respectivamente a la *objeción de conciencia y función pública* y a la *objeción de conciencia en orden-*

namientos confesionales. La objeción a actuar como jurado, el problema de los juramentos promisorios –tema pacíficamente resuelto, con carácter general–, la objeción al participar en la celebración de matrimonios entre homosexuales o el problema del secreto de confesión son algunos de los conflictos con que el libro se cierra.

Volviendo a las consideraciones del comienzo, la obra que se reseña constituye una referencia indispensable para conocer la casuística sobre *conflictos entre conciencia y ley* y, seguramente, una buena herramienta para reflexionar sobre nuestra propia convivencia. La religión y, más en general, las convicciones morales íntimas, no se pueden tratar –subrayan los autores, siguiendo al profesor de Yale Stephen L. Carter– «como un hobby: algo tan privado y tan irrelevante para la sociedad como el aeromodelismo» (p. 437). El fino respeto a las conciencias, unido a la determinación por preservar el interés público, son ambos elementos necesarios para la cohesión social y la convivencia tolerante. Estamos ante el reto de encontrar soluciones compartidas y eficaces, y el libro que aquí se reseña nos ofrece abundantes *materiales y casos reales* que contribuyen, a mi modo de ver, a adquirir una mayor conciencia cívica para abordar esta tarea.

Fernando Simón Yarza
Universidad de Navarra

Alejandro NIETO, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Editorial Trotta - Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, 189 pp.

En esta obra, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Alejandro Nieto reitera y profundiza muchas de las ideas que ya había vertido previamente en una publicación del año 2005, *El desgobierno judicial*. Su objeto fundamental consiste en la denuncia de la grave situación de crisis que en su opinión padece el Poder Judicial en España y que pone en cuestión su misma existencia como tal poder, con capacidad, por tanto, para garantizar la sumisión de la actuación de todos, pero especialmente de otros poderes, al Derecho. Y lo hace aprovechando los relativamente recientes acontecimientos acaecidos en España en el año 2009, cuando los jueces deciden convocar y celebrar dos huelgas retando al Gobierno y al propio Consejo General del Poder Judicial.

El contenido de esta obra se articula en torno a cuatro grandes bloques: 1. El malestar de los jueces. 2. Crónica de una huelga. 3. Causas profundas del malestar: El desgobierno judicial. 4. El confuso modelo de Administración de Justicia.

Los dos primeros son de naturaleza fundamentalmente introductoria y descriptiva.

En el epígrafe inicial, Alejandro Nieto explica el sentimiento de malestar de los jueces, los cuales, por primera vez en la historia española, se habrían fundido en una “masa judicial compacta” para plantear unas reivindicaciones que no habrían encontrado eco, ni a través de sus Asociaciones, ni, mucho menos, a través del Consejo General del Poder Judicial. En efecto, los jueces, que como muy bien explica el autor, han expresado tradicionalmente su malestar en nuestro país de forma individual y en ámbitos exclusivamente privados, y sólo recientemente han comenzado a expresarse colectivamente a través de los cauces institucionales establecidos al efecto para ello –básicamente a través de sus Asociaciones profesionales–, ahora, como novedad, se habrían puesto de acuerdo al margen de sus Asociaciones, de una forma espontánea e improvisada, para abordar colectivamente sus problemas expresando dicho malestar a través de unas huelgas sobre cuya legalidad se ha discutido ya mucho. En el segundo, el autor elabora una crónica pormenorizada del desarrollo de los acontecimientos huelguistas del año 2009 aludiendo a algunos de sus protagonistas (que no cabecillas, dado que éstos realmente no habrían existido) y efectúa una valoración del papel desempeñado por diferentes actores con relación a este asunto (por la Alta Magistratura –cuya pasividad al respecto indicaría una falta de solidaridad absoluta con los compañeros–, por las distintas Asociaciones judiciales, por el órgano de gobierno del Poder Judicial –que queda, ya en este momento pero lo cierto es que a lo largo de muchísimos pasajes de la obra, muy mal parado–, por los abogados, por los secretarios judiciales, por el personal subalterno de la Administración de Justicia y por los propios justiciables).

Por consiguiente, estos dos primeros bloques de la obra nos sitúan y explican con todo lujo de detalles el inesperado movimiento de aquel momento. Con todo, lo cierto es que sus capítulos tercero y cuarto constituyen su parte más jugosa. El autor analiza, en el tercero, la que considera la causa profunda del desasosiego de los jueces, un **desgobierno judicial** que habría conducido a un desajuste entre el *modelo institucional* de la justicia que tenemos, que no concordaría con el *modelo constitucional* de la misma que deberíamos tener, en tanto en cuanto ni funcionaría de forma eficaz, ni independiente. En el cuarto, Alejandro Nieto contrapone el *modelo judicial liberal* con un supuesto *modelo judicial democrático* que habría fracasado para concluir señalando que las huelgas del 2009, si bien han servido para aliviar, parcialmente, el estatuto personal de los jueces y pueden de alguna forma conducir a mejorar la eficacia de la Administración de Justicia (aún a costa de ciertos riesgos que no valdría la pena correr), no habrían servido, sin embargo, para corregir una escandalosa situación de politización de nuestra magistratura que pone en cuestión su independencia judicial (algo que requeriría sustituir la fórmula tradicional del parcheo que utilizamos en nuestro país para resolver problemas cuya envergadura exigiría, sin embargo, reformas de mayor calado pero, sobre todo, un compromiso político sincero y serio para afrontarlas).

El desgobierno judicial habría afectado a la justicia en sus dos vertientes: La constitucional, en virtud de la cual el autor denuncia la falta de independencia judicial, y la del servicio público, en virtud de la cual denuncia su falta de eficacia. Y, aunque es verdad que leyendo las diversas tablas de reivindicaciones de los jueces de ese momento –recogidas en la obra– podemos convenir que se trata de peticiones, en su mayor parte, relativas a su estatuto personal, lo cierto es que también aparecen otras que tienen que ver con la mejora del servicio, con su eficiencia, así como con la necesidad de garantizar la independencia del Poder Judicial. Por consiguiente, el movimiento judicial en este momento no viene sólo motivado por peticiones de tipo que corporativo –aunque éstas sean las fundamentales (buena prueba de ello es que el movimiento parece sofocado una vez satisfechas algunas de ellas)–, sino por otras que tienen que ver con la mejora del sistema judicial en términos de eficacia e independencia.

La presión huelguista del año 2009 ha conseguido que se realicen ciertas modificaciones que parecen haber aliviado el estatuto personal del juez y otras que pretenden mejorar la eficacia del servicio. Entre éstas últimas habría que mencionar, además de las medidas de tipo procedural adoptadas consistentes en una simplificación de trámites, u organizativas como pudiera ser la implantación de la nueva Oficina Judicial, la consistente en descargar al juez de trabajo (a través de la creación de más juzgados y jueces; de la ampliación de las competencias de los Juzgados de Paz; de la generalización de los arreglos extrajudiciales; y del cierre de vías de recurso), y la consistente en potenciar su rendimiento (forzando su trabajo a través de un régimen de retribución variable por módulos objetivos, y, además, con una mejora de sus

instrumentos informáticos). Sin embargo, muchas de estas medidas, que ciertamente pueden contribuir a descongestionar la Administración de Justicia, pueden terminar provocando graves inconvenientes. A saber: Una mitificación de la informática que no deja de ser una herramienta; un sacrificio de la calidad las resoluciones judiciales en beneficio de su cantidad como consecuencia del mecanismo de las retribuciones variables; una afectación grave de las garantías procesales y materiales del ciudadano; un mayor control político de los jueces a través de una Oficina Judicial en la que el secretario judicial asume un mayor protagonismo.

No se habría producido, por contraposición, ningún avance en la necesidad de corregir la grave situación de politización que a juicio del autor padece la justicia actualmente en España y que constituye, según el mismo, su principal problema. Dramáticamente, Alejandro Nieto habla de la independencia como “retórica”, denuncia que “se ha esfumado casi por completo”, que “En España hay Administración de Justicia … pero no hay Poder Judicial ni Justicia”, y afirma, lapidariamente, que “los partidos políticos tienen atrapados a los jueces a través del Consejo”. La causa de esta deriva radicaría en el fracaso del sistema de autogobierno judicial que introdujo *ex novo* el texto constitucional español; en un Consejo General del Poder Judicial mediatisado por los partidos políticos que utiliza sus competencias, particularmente las relativas al nombramiento de los componentes de la Alta Magistratura (aunque también sus funciones disciplinarias), para conseguir una justicia dependiente (precisamente la justicia que buscaba prevenir el constituyente español con la creación del órgano de gobierno del Poder Judicial). Dice Alejandro Nieto: “En la partida, quien coloca las piezas (los jueces) es el CGPJ. Quien domina al Consejo domina el tablero y la estrategia no puede ser más sencilla: la conquista de Consejo y, desde allí, la ocupación del tablero”.

El Consejo no es, en efecto, “santo de la devoción” –permítanme la expresión– de un numerosísimo sector de la élite intelectual de nuestro país. Tampoco tiene credibilidad para la opinión pública. Las críticas que ha recibido han ido *in crescendo* con el paso del tiempo como consecuencia de su utilización partidista, lo cual ha debilitado su posición institucional y ha mermado su credibilidad y *auctoritas* como órgano de garantía de la independencia judicial. Recordemos que detrás de su creación latía la voluntad de hacer frente a la mediatisación funcional que había venido sufriendo la Administración de Justicia como consecuencia del abuso que el Poder Ejecutivo había venido realizando de las atribuciones de gobierno que detentaba sobre la misma.

Y, probablemente, la política de nombramientos de los altos cargos judiciales que tiene lugar en el órgano constituya el principal motivo que explica el interés de los partidos políticos por controlar, patrimonializar, por ocupar este órgano (así se desprende también de la obra del profesor Nieto). En este punto, y en general, el Consejo no se ha conducido con arreglo a criterios técnicos, sino, antes bien, con arreglo a unas pautas basadas exclusivamente en

intereses de la política de partidos que han incidido, primero, en la cualificación jurídico-técnica de aquellos que finalmente han llegado a estos puestos, y, segundo, que han condicionado la independencia de unos Jueces y Magistrados que sienten cómo su actuación jurisdiccional es valorada a través de planteamientos muy alejados del principio estricto de la profesionalidad.

Pienso que la naturaleza reglada de los procedimientos a través de los cuales se articulan la mayoría de las decisiones del órgano de gobierno del Poder Judicial resulta fundamental para garantizar el principio de la independencia judicial. Por la misma razón, merecería la pena plantearnos en qué medida resulta posible incidir en el margen de discrecionalidad del que dispone el Consejo para adoptar las decisiones relativas al nombramiento de altos cargos judiciales con el objeto de someterlas al principio meritocrático, y, a su través, a ciertos parámetros de control como son la objetivación, la transparencia y la motivación (en este sentido, hay que recordar el viraje jurisprudencial que ha supuesto el conocido como caso *Gómez Bermúdez* que resolvió la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el año 2006).

En cualquier caso, el esfuerzo orientado a limitar la discrecionalidad del Consejo en esta materia no debería llegar –si es que ello resultara posible– a buscar su completa supresión, al menos en lo que hace al nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo. Aunque, eso sí, si entendemos –y éste es mi caso– que la función jurisdiccional presenta una naturaleza híbrida (descriptiva y normativa) y si, además, somos conscientes de que la jurisprudencia del Supremo orienta las decisiones de otros jueces y magistrados “inferiores” a través del sistema de recursos establecido, la discrecionalidad del órgano de gobierno del Poder Judicial para proveer estos altos cargos judiciales debería tener, como principal finalidad, la de garantizar la presencia de las distintas sensibilidades presentes en la judicatura (a su vez reflejo de las distintas sensibilidades presentes en el Consejo y en la sociedad) en el seno del máximo intérprete de la legalidad ordinaria. Pero, en definitiva, justificar la presencia de cierto margen de discrecionalidad –por mínimo que sea– en estas decisiones del Consejo, también implica asumir que la solución definitiva del problema parece radicar en que la actuación de los partidos políticos se desarrolle conforme al principio de lealtad constitucional. El interrogante sería, por tanto, si, visto lo visto, nos quedan todavía razones para confiar en ellos.

Esta obra termina con una última parte en la que el profesor Nieto contrapone el *modelo liberal* (introducido en Bayona y en la Constitución de Cádiz y consolidado por la Revolución de 1868) que ha regido de forma interrumpida la justicia española con un intento, finalmente frustrado, de introducir un nuevo modelo, el denominado *modelo democrático*, en la Constitución de 1978 (si bien es cierto que resulta discutible que fuera eso lo que pretendía el constituyente español y no, más bien, actualizar el modelo liberal con algún elemento –básicamente un Consejo General del Poder Judicial– que permitiera superar sus vicios precedentes). Vicios precedentes que,

del mismo modo que sucede hoy día, radicaban fundamentalmente en una politización que, es verdad, no hemos conseguido superar con el órgano de gobierno del Poder Judicial. Por ello, no me parece acertada la contraposición que realiza el autor entre el modelo liberal, que supuestamente habría garantizado una justicia independiente (aunque con defectos), y el modelo democrático, frustrado en la medida en la que habría conducido a una Administración de Justicia absolutamente dependiente del poder político.

En la justicia anterior a la Constitución española de 1978, el Ministerio de Justicia hacía las veces del Consejo General del Poder Judicial y la justicia no era independiente. Y si al llegar la democracia, como señala el autor, todavía conservaba un aceptable prestigio (aunque no estoy segura de que esto fuera así) frente a su actual absoluta falta de prestigio, no se debía a un funcionamiento independiente de la misma sino a otras razones. Tengamos en cuenta que su actuación permitía ofrecer una falsa apariencia de neutralidad, bien porque el camino hasta la consolidación de la jurisdicción contenciosos-administrativa fue largo y tortuoso, bien porque las causas molestas para el poder se atribuían al conocimiento de tribunales especiales que actuaban como brazo del Poder Ejecutivo. Además, su actividad no estaba sometida a la crítica pública y consiguiente publicidad; al menos no lo estaba en los mismos niveles en los que hoy lo está, lo cual le permitía pasar desapercibida. En cualquier caso, todo esto que aquí apunto de forma necesariamente breve, todas estas reflexiones, no hacen sino poner en valor un texto brillante, sugerente, que permite al lector dialogar intelectualmente con el autor. En suma, una excelente obra como no podía ser de otra forma teniendo en cuenta la pluma de la que procede. Merece la pena buscar un hueco para leerla.

María Luz Martínez Alarcón
Universidad de Castilla-La Mancha

Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Derecho del Estado de la República Federal de Alemania (Vol. IV.2), C. H. Beck, Munich 2011, 2.234 pp.

Es raro que un autor en el cenit de su carrera y ya muy reconocido en el mundo entero, con una obra académica inmensa en su haber, publique, como colofón a su aportación doctrinal, un manual complementario adicional y exhaustivo de Derecho público actualizado. Este es el caso de Klaus Stern (Nürnberg, 1932)¹, cuya improba y colossal obra en la literatura jurídica europea especializada quizás sólo sea equiparable en el panorama continental de hoy día, atendiendo a la continuidad en la elaboración de una sistémica teórica determinada, con los casos de Peter Häberle (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*)², de Ingo von Münch (*Grundgesetz-Kommentar*)³ y, en España, de Fernández Segado (*Justicia constitucional*)⁴. Desde que saliera el volumen I de su *Staatsrecht* (1977)⁵, sobre conceptos fundamentales y fundamentos de Derecho público y de la Constitución, Stern ha hilvanado meticulosa y progresivamente una descripción «unitaria» y cohesionada⁶ de las instituciones, funciones y formas de financiación del Estado (volumen II)⁷, y de la teoría general de los derechos fundamentales en Alemania (volúmenes III.1 y III.2)⁸.

¹ Respecto a la vida y obra científica del autor, véase, OEHLING DE LOS REYES, «Aproximación a la trayectoria académica y a la obra de Klaus Stern: una vida consagrada al Derecho», en STERN, K., *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 9-28.

² HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998. Hay traducción parcial en español a cargo de Emilio Mikunda Franco, en *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000. En la misma línea de investigación, véase, por ejemplo, «"Verfassungslehre als Kulturwissenschaft" – ein kleines Sieben-Thesen-Papier» en KOTZUR, M. / MICHAEL, L., *Verfassungsvergleichung in europä- und weltbürgerlicher Absicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009; *Erinnerungskultur im Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.

³ Von MÜNCH, I. / KUNIG, P. (coord.), *Grundgesetz-Kommentar* (Vol I-II), C. H. Beck, 6.^a Edic., Munich, 2012.

⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La Justicia constitucional: Una visión de Derecho comparado* (Vol. I, II y III), Dykinson, Madrid, 2008.

⁵ STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrecht, Strukturprinzipien der Verfassung*, C. H. Beck, Munich, 1977. Hay traducción parcial de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, bajo el título *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, CEPC, Madrid, 1987.

⁶ Compárese, GONZÁLEZ ENCÍNAR, J. J., «Sobre el sistema de los derechos fundamentales. Con motivo del libro de Klaus Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland», en *Revista española de Derecho Constitucional*, año 15, n.º 25, CEPC, Madrid, 1995, pp. 369.

⁷ STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, C. H. Beck, Munich, 1980.

⁸ STERN, K. / SACHS, M., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte. Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler*

El antepenúltimo número de la obra –*Fundamentos históricos del Derecho público* (2000)⁹– es una referencia a la Historia como base de la Teoría de la Constitución y del Estado en Alemania, prestando especial atención al hecho inevitable de la separación RFA y RDA durante la Guerra Fría y al proceso subsiguiente de reunificación¹⁰. Finalmente, la penúltima entrega (IV.1)¹¹, previa a la aquí comentada, no sólo fue una relación del estado de situación actual de garantía de los derechos individuales en Alemania, sino que incluyó un estudio profuso de casos prácticos de colisión de derechos e intereses estatales. Este trabajo, en sí, demuestra la plasticidad o la dimensión expansiva de los derechos constitucionales y cómo y en qué forma, en la actualidad, en el fondo, toda disputa o litigio tiene realmente un estro inseparable de tipo jurídico-constitucional¹².

La culminación de este último volumen lo ha realizado en comandita con Michael Sachs y Johannes Dietlein, dos de sus más fieles colaboradores, y con la satisfacción de quien cumple un sueño de toda una vida, más si tenemos en cuenta que poco antes hizo otra aportación con motivo de los sesenta años de la Ley Fundamental¹³. «Con la terminación de este trabajo doy cumplida realización a la promesa que ya hiciera en el prólogo del primer volumen en 1977, a saber, la de realizar un manual sistemático completo de Derecho público alemán», recuerda ahora en la introducción el autor. El nuevo tomo ofrece, junto con la primera parte del volumen IV, una panorámica global de todos los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. El trabajo hace re-

Grundrechtikonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete, Vol. III.1 C. H. Beck, Munich, 1983; *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte. Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigungen und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen*, Vol. III.2 C. H. Beck, Munich, 1994.

⁹ STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte: Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrecht, die Verfassungsentwicklung vom Alten Deutschen Reich zur Wiedervereinigten Bundesrepublik*, Beck, Munich, 2000.

¹⁰ Véase, así, FROMME, F. K., «Enstation Staatsrecht Geschichtliche Grundlagen: Klaus Sterns Lebenswerk steht vor der Vollendung», recensión al *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. V, en *Frankfurter Allgemeine*, edición de 18 de abril de 2001, n.º 90, p. 9.

¹¹ STERN, K. / SACHS, M. / DIETLEIN, J., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Die einzelnen Grundrechte. Der schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums*, Beck, Munich, 2006.

¹² En este sentido, véase, MÜLLER, R., «Bisweilen undurchsichtig: Ein monumentales Werk über die einzelnen Grundrechte», recensión al *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. IV.1, en *Frankfurter Allgemeine*, edición de 6 de marzo de 2007, n.º 54, pp. 7 y 8.

¹³ STERN, K. (coord.), *60 Jahre Grundgesetz. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Verfassungsverbund*, C. H. Beck, Munich, 2010.

ferencia a en torno veinticinco artículos que tienen identidad propia y alto potencial significativo, pero que han adquirido, dado el orden valorativo actual, una estructura normativa que reviste la totalidad del ordenamiento jurídico y ha dado lugar a un nivel de garantías en Alemania hasta ahora nunca conocido, apuntaba Stern en el discurso de presentación de la obra en el Hotel Hyatt de Colonia, el día 10 de diciembre de 2010. La obra incluye, entre otras cosas, estudios sobre la libertad de actuación política, la libertad religiosa, el derecho a la educación y el principio de igualdad, pero también un capítulo dedicado a la dimensión jurídico-fundamental de la tutela judicial y la responsabilidad del Estado, en relación con los conceptos de restitución e indemnización, dado que, como es sabido, a pesar de la vinculación de todo el poder del Estado a los derechos fundamentales, las lesiones a éstos y las extralimitaciones de la máquina estatal son factibles y, en estos casos, deben de extremarse las precauciones y, en su caso, asegurarse vías de sanción y reparación¹⁴.

Un trabajo del porte y calidad del *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* IV.2 ofrece –evidencia de Perogrullo– innumerables aspectos bajo los cuales se puede valorar su importancia. Tenemos el análisis personal de Stern de los derechos culturales y su interpretación, en la línea de Smend¹⁵ y Häberle, de la «interconexión íntima entre derechos fundamentales y cultura», es decir, su comprensión del derecho a la educación, de la escolarización, de la libertad científica o artística y la colaboración de los *mass media* como parte integrante de la «Constitución cultural» y «base sobre la que se construye una sociedad». Aquí también se podría destacar el estudio jurídico de la cultura política y de las instituciones u organizaciones –aparte de las escuelas, academias y las universidades– que materializan los derechos culturales, como, por ejemplo, los institutos nacionales y los medios de representación de la cultura y la realidad actual alemana (Goethe-Institut, festividades nacionales, el himno nacional¹⁶ o la responsabilidad por el Holocausto). Tenemos, por obra de Sachs, la referencia a la dicotomía principio de igualdad-no discriminación (artículo 3 de la Ley Fundamental), su diferenciación y taxonomía constitucional y el análisis sobre la difícil aplicabilidad de estos conceptos a las personas jurídicas o entidades de Derecho público. Tenemos la relación de Dietlein respecto a la teoría de conformación de la voluntad popular y su articulación a través de los derechos de participación política, las elecciones y el proceso de formación de opinión en la socie-

¹⁴ El discurso pronunciado por el profesor Klaus STERN en la presentación del *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. IV.2, está disponible en alemán en formato digital en la página de Internet de la editorial C. H. Beck, en <http://rsw.beck.de/CMS/?toc=Presse.57&docid=312679>.

¹⁵ SMEND, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Lepizig, 1928.

¹⁶ Sobre ello, véase, por ejemplo, HÄBERLE, P., *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional*, Dykinson, Madrid, 2012. Traducción de Alberto Oehling de los Reyes.

dad pluralista. Ahora bien, la multiplicidad de aspectos sobre los cuales se puede valorar la obra se aprecian en ningún otro tema con tanta expresividad como en el análisis de Stern de la cuestión de la libertad religiosa. No cabe duda que la inmigración extraeuropea y la llegada de nuevas sensibilidades religiosas inició un periodo muy fecundo al respecto en la doctrina científica, no sólo en Alemania. Más en este trabajo se va un poco más allá pues se hace referencia complementaria de forma perspicua a situaciones muy actuales de trasfondo social y político como son, entre otros, el tema de la legalidad de las sectas y los casos problemáticos derivados de la no siempre fácil conjunción de diversas interpretaciones del Islam con la teoría occidental de los derechos fundamentales. La novedad del autor ha consistido en analizar además con encomio la cobertura jurídico-constitucional de determinadas formas de exteriorización de la fe religiosa, tales como el kippa, el turbante, la chilaba o la barba, pero también otras más enfáticas como el pañuelo islámico o el vestido Bhagwan.

El número IV.2, desde nuestro punto de vista, es además, aunque complementario, el más desarrollado de la colección. El autor, sin dejar de hacer referencias teóricas al *ius politicum*, buscando la interrelación con el Derecho natural, civil y de gentes, y sin dejar de lado los conceptos de la Historia política, la Filosofía política y la Sociología –materias conexas al Derecho constitucional–, proyecta su propuesta metodológica por la integración en el manual de comentarios extensos de interdependencias de Alemania en el marco europeo, de la jurisprudencia de órganos supranacionales y de Derecho comparado. En este contexto, el mayor logro del manual consiste en ofrecer un *corpus* teórico coherente, *in extenso*, para mí convincente, de interconexión directa entre los institutos y conceptos jurídico-constitucionales vigentes y la Historia de las instituciones y como consecuencia última de la comprensión del hombre de acuerdo a la tradición occidental, la filosofía de la antigüedad, el Cristianismo, el Derecho natural y el pensamiento ilustrado»¹⁷. Empero, en otros aspectos, especialmente en el análisis de puntos que hacen referencia a cuestiones de rabiosa actualidad, por ejemplo, el tratamiento jurídico de las formas de expresión de la religión mahometana o la aplicación de nuevas tecnologías a efectos de implementación de derechos individuales –como podemos ver en esta recensión siquiera de forma nimia–, utiliza con exactitud y amplia perspectiva las premisas metodológicas de dogmática jurídica de los concretos preceptos constitucionales y de su desarrollo legal y jurisprudencial y de Derecho comparado.

Estructuralmente, como se ha dicho, este volumen forma parte de la serie «Los derechos fundamentales individuales» (*Die einzelnen Grundrechte*),

¹⁷ Sobre ello, véase también, por ejemplo, STERN, K., «Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte», en Norbert ACHTERBERG (coord.), *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, pp. 627-640.

concebida en seis capítulos: por un lado, el tomo IV.1 integra los capítulos 1 y 2, referidos a la existencia del sujeto, el desarrollo de la personalidad, la posición jurídica del individuo y los derechos de libertad; por otro lado, el tomo IV.2 está dividido en cuatro partes, tratando gradualmente las libertades políticas, el derecho a la cultura (escolarización, educación, arte y ciencia), la libertad religiosa e ideológica (religión e Iglesia), el principio de igualdad y la tutela judicial.

La primera subparte de esas cuatro partes del tomo IV.2 que hemos citado correspondería al capítulo 3, a través del cual se analizan los derechos de la persona en cuanto miembro de la sociedad política, y con ello, como materia aparte, el régimen jurídico práctico de participación y el derecho de sufragio. Esto significa que aquí se hace referencia, entre otras cosas, a las permislas del Estado democrático, la concepción plural de la sociedad, la promoción de las inquietudes políticas del ciudadano, el papel de los partidos «como intermediarios entre el pueblo y los órganos estatales», la influencia de los medios como «cuarto poder», la significación de Internet como medio de intervención en el proceso de formación de la voluntad popular y las garantías que aseguran la pureza del proceso electivo. Igualmente, se analizan derechos conexos como la prohibición de discriminación por motivos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho a la confidencialidad o la integridad de los sistemas técnicos de almacenamiento de datos personales y, finalmente, la importancia de la libertad de prensa y la proscripción de la censura. La segunda parte (capítulo 4), dedicada al derecho a la educación y la libertad religiosa e ideológica, es de una importancia si cabe mayor y representa toda una teoría de fundamentación de la idea de la Constitución cultural. Aquí se estudian el concepto griego de *paideia*, la articulación de la educación en la antigua Roma a través de la figura del *pater familias* y la evolución de la instrucción pública en Alemania desde la Edad Media y la Reforma hasta la actualidad. A ello sigue la comprensión del derecho a la educación en la Ley Fundamental, que incluye, entre otras cosas, referencias a cuestiones peculiares como la regulación de los *Länder* en materia de educación y la coordinación de éstos con el Ministerio de educación y ciencia para el planeamiento de líneas uniformes de actuación. Las páginas de esta parte integran dificultades específicas que amenizan la lectura del capítulo, como, por ejemplo, la explicación del problema de la enseñanza de religión islámica en los colegios e institutos alemanes y la cuestión de la ropa deportiva de las escolares islamitas en clase de gimnasia. Se cierra esta segunda parte con el examen de la libertad artística y científica, en que de nuevo sale a relucir la cuestión de la libertad religiosa. El estudio comparado de estos derechos en los Estados de la Unión Europea, EE.UU. y en el nivel internacional es completísimo, brillante en su desarrollo y lleno de erudición. La tercera (capítulo 5) es una exhaustiva exposición sobre el principio de igualdad y no discriminación en Alemania. Esta parte incluye, entre otras cosas, referencias al nivel de implementación de la igualdad de derechos hombre-mujer en el

marco del ordenamiento jurídico, es decir, que explica el grado de progresión de los derechos de la mujer en Alemania en ámbitos concretos como, por ejemplo, el derecho de familia, los derechos sociales, los derechos funcionariales y el derecho al trabajo. Asimismo, se analiza con profundidad y amplia perspectiva la integración de la mujer en el Servicio Militar. La última parte, en fin (capítulo 6), comprende la relación de las vías de tutela judicial y garantías jurídicas específicas frente a lesiones de los derechos individuales por el poder público. Esto supone que aquí se analizan detalladamente la teoría de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, el derecho de libre acceso al proceso, especialmente el derecho de defensa sin que se pueda producir indefensión, el derecho de acceso a los recursos legales y las garantías constitucionales del proceso, e igualmente la protección del perjudicado, el derecho de responsabilidad civil y el derecho de indemnización.

En definitiva, de auténtico acontecimiento científico y cultural hay que valorar la publicación del último número del *Staatsrecht* editado por la mítica editorial alemana C. H. Beck. Con este tomo, al que pronto se unirá, cerrando el círculo, la publicación de las contribuciones realizadas con motivo de la presentación del libro en Colonia el día 10 de diciembre de 2010¹⁸, la Ciencia del Derecho público europeo está de enhorabuena. Pocos manuales de Derecho constitucional revelan una sistemática y perfección metódica como esta colección de Stern. Impresionante relación teórica y práctica de Derecho constitucional y Derecho político, donde se hace uso de una metodología precisa y con una habilidad no siempre habitual en los manuales de sistematización especializados. La obra se presenta además con un lujo y una prolíjidad exquisita, aparte del papel cebolla típico de esta clase de trabajos, incluye los índices de los seis volúmenes anteriores (I-II, III.1-III.2, IV.1 y V), una tabla de abreviaturas exhaustiva y un índice de materias completo elaborado por la Dra. Helga Stern, esposa y compañera de fatigas del profesor Stern. En suma: El nuevo número del *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* es mucho más que una obra de un autor en el culmen de su carrera científica y mucho más que un manual de Derecho constitucional alemán. Ha abierto un nuevo método de estudio del Derecho público, difícilmente igualable, cual es la elaboración de una sistemática total de Derecho constitucional consolidado con las interrelaciones e interdependencias del marco europeo, la cultura común europea y las instancias del orden supranacional. Ha dado luz a muchos problemas típicos de Derecho político y constitucional y facilita nuevas vías para la investigación de problemas sociales, políticos, religiosos y económicos de actualidad. Es un libro colosal, *in aeternum*. Es una obra magna que puede contribuir –ese es el deseo de Stern– «para preservar el Estado de Derecho, la libertad personal, la democracia y la estabilidad política», tanto en Alemania

¹⁸ STERN, K. (coord..), Stern (Hrsg.), *Präsentationsfeier zur Vollendung des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (en prensa).

como en Europa. Toda biblioteca de una facultad de Derecho, a partir de este momento, se puede considerar incompleta si carece de este indispensable volumen.

Alberto Oehling de los Reyes
Universidad de las Islas Baleares

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 sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se entregarán en papel (en el Decanato de Derecho a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-RPM o correo electrónico a la dirección: <RevisaEstudios@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 en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) **Bibliografía.**
 - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
 - DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213
 - b) **Legislación.**
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, nº. 164, p. 26901.
 - Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, nº. 26/1991, p. 3170.
 - 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. Aran-zadi, – nº 3055.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership, Rec. 2004, p. 175.
5. **Proceso de publicación.** El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (\pm 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
 6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en 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 recensión o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 60, Issue 1, January-June 2012

Table of Contents

Studies

The break of PSOE in 1933. From the power to the revolution (I)
Víctor Manuel Arbeloa Muru

The labour reform of 2012: decoding reforms of the previous government, trying to implement the flexisecurity stravaganza. What is new?
Javier Arrieta Idiakez

Liberal professions and Social Security
Victor Fernando Manrique López

Multiculturalism and prisons
Fernando Reviriego Picón

On the Regional councils of the judiciary

Manuel Terol Becerra

Notes

The constituent prophet
Abraham Barrero Ortega

The political dimension of the Board of spokepeople
Pilar Cortés Bureta

Fundamental rights of the military staff boarded for the compliance of an international mission
Alberto Oehling de los Reyes

The golden rule in the Polish Constitution of

1997 and its social and economic influence

Rubén Dario Torres Kumbría y Juan de Dios Izquierdo Collado

Jurisprudence

On the condemnation of Baltasar Garzon as a result of his decision of intervention of communications between some prisoners and their lawyers in the Gürtel case
María Luz Martínez Alarcón

Conferences

Book reviews